

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 20 octobre 2011

Présidence de M. BATTISTOLO, juge délégué
Greffier : M. Corpataux

* * * * *

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

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.B.**_____, à Chardonne, intimé, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 9 juin 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.B.**_____, à Ollon, requérante, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 9 juin 2011, expédiée le même jour aux parties pour notification, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a astreint A.B. _____ à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.B. _____, d'un montant de 4'300 fr., allocations familiales en sus, dès et y compris le 1^{er} janvier 2010 (I), dit que les montants déjà versés par A.B. _____ à titre de contribution d'entretien devaient être imputés sur l'arriéré de pensions résultant du chiffre I ci-dessus (II), dit que les frais et dépens de la décision suivaient le sort de la cause au fond (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, le premier juge a fixé la contribution d'entretien à charge d'A.B. _____ en faveur des siens selon la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent. Retenant que B.B. _____ subissait un déficit mensuel de 1'782 fr. alors qu'A.B. _____ disposait d'un excédent mensuel de 5'974 fr. 45, le premier juge a considéré que l'époux devait combler le déficit mensuel de son épouse, puis lui verser les 60 % du solde de son disponible.

B. Par mémoire du 27 juin 2011, A.B. _____ a fait appel de cette ordonnance, concluant principalement à son annulation et au renvoi de la cause au premier juge pour qu'il statue sur la quotité de la pension mensuelle due à son épouse, à sa fille majeure et pour sa fille mineure. A titre subsidiaire, il a conclu, avec suite de frais et dépens, à la réforme de l'ordonnance en ce sens qu'il est astreint à contribuer à l'entretien des siens par une pension mensuelle de 3'470 fr. du 1^{er} janvier 2010 au 31 décembre 2010 - les montants déjà versés à son épouse à titre de contribution d'entretien en faveur des siens en 2010 étant imputés sur l'arriéré de pensions en résultant -, et par une pension de 2'390 fr. à

compter du 1^{er} janvier 2011 - les montants déjà versés à son épouse en 2011 étant imputés sur ces pensions.

L'appelant a produit neuf pièces à l'appui de son mémoire, dont une lettre de son employeur datée du 17 février 2011 attestant qu'il ne recevra aucun bonus ni en 2011 ni en 2012, et requis la production par l'intimée de ses bulletins de salaire pour l'année 2011.

L'appelant a requis par ailleurs que l'effet suspensif soit accordé à son appel.

Par décision du 6 juillet 2011, la requête d'effet suspensif a été rejetée.

Par réponse du 22 août 2011, B.B._____ s'est déterminée sur l'appel, concluant, avec suite de dépens, à son rejet. L'intimée a produit deux pièces à l'appui de sa réponse, dont une attestation du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois selon laquelle l'enfant majeur Enfant 1 a ouvert une action alimentaire contre son père en date du 21 juillet 2011.

Par courrier du 20 septembre 2011, le juge délégué a ordonné la production par l'intimée des pièces requises par l'appelant.

Le 28 septembre 2011, l'intimée a produit les pièces requises, ainsi qu'un avenant au contrat de travail établi le 8 juillet 2011 par son employeur, avec effet dès le 1^{er} août 2011, et un certificat médical daté du 18 juin 2011.

Le 18 octobre 2011, l'appelant s'est déterminé sur les pièces produites par l'intimée le 28 septembre 2011 et a produit dix pièces.

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

a) B.B._____, née [...], et A.B._____, se sont mariés le 18 décembre 1991 devant l'Officier de l'Etat civil de Biel-Benken (BL).

Deux enfants sont issus de cette union : Enfant 1, née le 29 juin 1992, aujourd'hui majeure, et Enfant 2, née le 5 février 1994.

b) Par convention signée le 4 août 2010 devant le notaire [...], les époux ont liquidé leur régime matrimonial.

c) B.B._____ a ouvert action en divorce par demande unilatérale déposée le 22 décembre 2010.

Par requête de mesures provisionnelles déposée le même jour, B.B._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'A.B._____ soit astreint à contribuer à l'entretien des siens à compter du 1^{er} janvier 2010 par le régulier versement d'une contribution d'entretien de 6'500 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en ses mains, allocations familiales non comprises (I), et à ce que les frais de justice ainsi qu'une indemnité équitable pour les dépens soient mis à la charge d'A.B._____ (II).

A.B._____ a déposé ses déterminations le 4 février 2011 et a conclu, avec suite de frais et dépens, principalement au rejet des conclusions prises par B.B._____ au pied de sa requête de mesures provisionnelles (I), et, reconventionnellement, à ce qu'il contribue à l'entretien de sa fille Enfant 2 par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'156 fr., allocations familiales non comprises (II).

Les parties, assistées de leur conseil respectif, ont été entendues lors de l'audience qui a eu lieu le 8 février 2011. A cette occasion, la conciliation a été tentée en vain.

d) La situation personnelle et financière des parties se présente comme il suit :

aa) B.B._____ est titulaire d'un diplôme universitaire d'ingénieur en entretien et exploitation des forêts, obtenu en Bulgarie en 1980. A partir du 10 novembre 2008, elle a travaillé à 70 % en qualité d'enseignante de français, langue étrangère, pour le compte de l'Etablissement Vaudois d'Accueil des Migrants (EVAM), à Lausanne. Pour l'année 2010, elle a augmenté son taux d'activité à 100 %. Elle a perçu un revenu mensuel net de 5'472 fr. 30, versé douze fois l'an.

Elle a travaillé de janvier à juillet 2011 auprès de l'EVAM à un taux d'activité de 100 %, ce qui lui a permis de réaliser un revenu mensuel net de 5'585 fr. 90. A compter d'août 2011, elle a réduit son taux d'activité à 80 %, de sorte que son revenu mensuel net a baissé à 4'468 fr. 75.

Une attestation médicale établie le 5 octobre 2010 par le Dr [...] indique que B.B._____ était alors affectée par un état de fatigue et d'épuisement en lien avec son travail d'alors, poste à 100 % avec de longs déplacements quotidiens. Le médecin ajoutait que suite à une opération du goitre en 2000, B.B._____ prenait un traitement de substitution par Euthyrox qui nécessitait des contrôles réguliers, et impliquait que, dans un proche avenir, cette dernière doive diminuer son taux d'activité à 80 % afin de préserver sa santé.

B.B._____ vit avec les deux enfants du couple dans le domicile conjugal, à Ollon. Pour financer l'achat de leur maison, les époux ont obtenu un crédit de la Banque [...], dont le solde se montait à 439'600 fr. au 31 décembre 2009. Les frais mensuels liés à la maison sont les suivants : intérêts hypothécaires par 969 fr., frais de ramonage de 21 fr. 85, frais d'eau de 64 fr. 20, frais d'égout et ordures de 88 fr. 50, impôt foncier par 49 fr. 60, mazout par 290 fr., prime d'assurance incendie de 25 fr. 45, prime d'assurance dégâts d'eau et bris de glace de 36 fr. 70 et l'abonnement de chauffage de 34 fr. 50, soit un total de 1'579 fr. 80.

En 2010, B.B._____ a dû s'acquitter d'une charge fiscale mensuelle de 1'138 fr. 70.

Les primes mensuelles d'assurance maladie de B.B._____ et de sa fille mineure s'élèvent à 484 fr. 40 (386 fr. 65 pour elle-même et 97 fr. 75 pour Enfant 2). Elle s'acquitte en outre d'un montant total de 350 fr. par année (300 fr. pour elle-même et 50 fr. pour Enfant 2), soit 29 fr. 15 par mois, à titre de franchise pour elle-même et sa fille mineure.

Des frais de transport peuvent être retenus à hauteur de 182 fr. 25, soit le prix de l'abonnement mensuel sur le trajet Ollon-Renens.

Enfant 2 souffre de problèmes orthodontiques, dont le traitement sur trente mois s'élève à 5'085 fr. selon le devis établi par le Dr [...].

bb) A.B._____ travaille en qualité de directeur de vente pour le compte de l'entreprise [...], à Bex. Son revenu est composé d'une part fixe et d'une part variable non garantie, qui dépend de la réalisation des objectifs annuels. En 2010, son activité lui a procuré un revenu mensuel net de 11'258 fr. 25, bonus et allocations familiales compris, soit 10'758 fr. 25 hors allocations familiales. Son bulletin pour le mois de janvier 2011 fait état d'un salaire mensuel net de 9'499 fr. 95, allocations familiales par 250 fr. comprises.

Selon courrier de son employeur du 17 février 2011, A.B._____ ne touchera pas de bonus pour les années 2011 et 2012, de sorte que son revenu se limitera à son seul salaire.

A.B._____ vit actuellement dans un appartement, sis à Chardonne, dont le loyer mensuel s'élève à 2'110 francs. Ses primes mensuelles d'assurance maladie se montent à 434 fr. 55, y compris la franchise dont il s'acquitte mensuellement par 25 francs. Sa charge fiscale pour l'année 2010 s'est élevée à 1'389 fr. 25 par mois. Les charges mensuelles incompressibles d'A.B._____ s'élèvent ainsi à 3'933 fr. 80.

A.B._____ a produit un « listing » établi par ses soins faisant état du montant des pensions versées en faveur de ses filles depuis le 1^{er}

janvier 2010. De janvier à septembre 2010, il se serait ainsi acquitté d'une contribution d'entretien mensuelle de 1'156 fr. par enfant, allocations familiales en sus. Puis, d'octobre à décembre 2010, la pension en faveur de chacune de ses deux filles aurait été réduite à 900 fr. par mois. Enfin, pour les mois de janvier et février 2011, il n'aurait pas versé de pension à sa fille Enfant 1, mais aurait continué à contribuer à l'entretien de Enfant 2 à hauteur de 900 fr. par mois.

e) Une action alimentaire a été engagée en juillet 2011 par l'enfant majeur Enfant 1 à l'encontre de son père devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

En droit :

1. a) L'ordonnance attaquée a été rendue le 9 juin 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

b) 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 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). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [Loi du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire, RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est 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. 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 (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). L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou des preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas sont soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., in JT 2010 III 115 ; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., Berne 2010, n. 2410, p. 437). 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., n. 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., in JT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415, p. 438 ; sur le tout, JT 2011 III 43).

Au regard de ces conditions, la lettre produite par l'appelant avec son mémoire, datée du 17 février 2011 et postérieure à l'audience de mesures provisionnelles qui a eu lieu le 8 février 2011, à teneur de laquelle il ne recevra aucun bonus en 2011 et 2012, est recevable. Les autres pièces produites par l'appelant à l'appui de son mémoire, pour autant que recevables, n'ont pas de pertinence propre pour la solution du litige. Les pièces produites le 18 octobre 2011 sont quant à elles irrecevables, car tardives. S'agissant des pièces produites par l'intimée avec sa réponse, seule l'attestation selon laquelle l'enfant majeur du couple a ouvert une action alimentaire à l'encontre de son père en juillet 2011 est recevable. Quant aux pièces produites le 28 septembre 2011, on peut admettre que l'avenant au contrat de travail, selon lequel le taux d'activité de l'intimée a été réduit à 80 % dès le 1^{er} août 2011 entre dans le cadre de la réquisition de production du juge délégué du 20 septembre 2011 ; il en va différemment du certificat médical produit à cette même occasion, qui, tardif, est irrecevable. L'état de fait a été complété et précisé ci-dessus, en prenant en compte les pièces recevables.

3. **a)** Dans un premier moyen, l'appelant reproche au premier juge d'avoir fixé une pension globale en faveur des siens et de n'avoir ainsi pas distingué les pensions des filles de celle de son épouse. L'appelant soutient qu'en ne faisant pas la ventilation des montants par personne créancière, le premier juge aurait violé le droit de manière manifeste, de sorte qu'il se justifierait de renvoyer la cause en première instance pour nouvelle décision.

b) aa) A teneur de l'art. 318 CPC, l'instance d'appel peut confirmer la décision attaquée, statuer à nouveau ou renvoyer la cause à la première instance. Bien que principalement réformatoire, l'appel peut être aussi cassatoire, mais seulement si un élément essentiel de la

demande (par quoi il faut comprendre non un argument juridique, mais une prétention) n'a pas été examiné (art. 318 al. 1 let. c ch. 1 CPC) ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC ; cf. Jeandin, in CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 318 CPC, p. 1268). Selon le Message, le recours à une telle annulation devrait rester exceptionnel, ce qui paraît logique vu le large pouvoir de compléter si nécessaire l'instruction accordé à l'instance d'appel (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 148).

bb) S'agissant des mesures provisionnelles, le juge peut distinguer une pension pour un époux et une pension pour chacun des enfants mineurs, mais en pratique il fixe souvent une contribution globale du parent non attributaire de la garde sur les enfants à l'entretien de son conjoint et de ceux-ci. Une telle manière de procéder, largement répandue dans la pratique vaudoise, est admissible vu le renvoi de l'art. 137 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210) à l'art. 176 al. 1 ch. 1 et al. 3 CC qui n'exige pas une indication séparée des montants attribués à chaque bénéficiaire (Tappy, in Commentaire romand, Bâle 2010, n. 18 ad art. 137 CC, note infrapaginale 57, p. 1016 ; Juge délégué CACI 30 mars 2011/40).

c) A titre préalable, il convient de constater que l'argument de l'appelant n'a guère d'objet en ce qui concerne la fille majeure dès lors que le premier juge a considéré qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur ce point, ce dont l'appelant - qui avait précisément déposé des déterminations dans ce sens (allégué 67 des déterminations du 4 février 2011) - ne saurait se plaindre à ce stade. Pour le reste, rien n'exige, au stade des mesures provisionnelles, qu'une distinction soit faite entre le montant alloué pour l'entretien de l'épouse et celui alloué pour l'entretien des enfants mineurs. L'obligation de procéder à une telle distinction ne saurait non plus découler du fait que l'enfant Enfant 2 sera majeure l'an prochain. Le fait que le premier juge ait astreint l'appelant à verser une pension globale en faveur de son épouse et de sa fille mineure ne saurait ainsi justifier le renvoi de la cause au premier juge, d'autant plus que l'état de fait de l'ordonnance est conforme aux pièces du dossier et aux autres

preuves administrées et qu'il a été complété sur la base de ceux-ci et des pièces recevables produites en appel. L'autorité d'appel est par conséquent en mesure de statuer en réforme sans qu'il soit nécessaire de renvoyer la cause en première instance.

Mal fondé, le moyen doit être rejeté.

4. a) Dans un second moyen, l'appelant conteste la façon dont le montant de la contribution d'entretien a été fixé. Il soulève plusieurs griefs à ce propos, qu'il conviendra d'examiner en détail après avoir rappelé les principes applicables à la fixation de la contribution d'entretien.

b) Le principe et le montant de la contribution d'entretien due selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC se déterminent en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux (ATF 121 I 97 c. 3b ; ATF 118 II 376 c. 2b et les réf. citées). Tant que dure le mariage, chacun des conjoints a le droit de participer de la même manière au train de vie antérieur ; il incombe en principe au créancier de la contribution d'entretien de préciser les dépenses nécessaires au maintien de son train de vie et de les rendre vraisemblables (TF 5A_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2 et réf. citées). En cas de situation financière favorable, il convient ainsi de se fonder sur les dépenses indispensables au maintien du train de vie antérieur, qui constitue la limite supérieure du droit à l'entretien (ATF 121 I 97 c. 3b et les arrêts cités; TF 5A_205/2010 du 12 juillet 2010 c. 4.2.3, publié in FamPra.ch 2010, p. 894). Tant que dure le mariage, c'est l'art. 163 al. 1 CC qui constitue la cause de l'obligation d'entretien.

Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul de la contribution d'entretien. L'une des méthodes préconisée par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral 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 LC [Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1]), auquel sont ajoutées les dépenses

non strictement nécessaires, l'excédent est en règle générale réparti par moitié entre eux (TF 5A_46/2009 du 22 mai 2009 c. 4 ; ATF 114 II 26 ; implicite in ATF 127 III 289, relatif à la charge fiscale), à moins que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 c. 4b/bb).

Un partage par moitié du montant disponible, alors que les charges n'ont été prises en compte que selon les normes du minimum vital, paraît inéquitable, notamment lorsque l'époux attributaire a la charge de plusieurs enfants communs (ATF 126 III 8 c. 3c, JT 2000 I 29 ; Perrin, la méthode du minimum vital, in SJ 1993 pp. 425 ss, spéc. p. 447). Un simple partage par deux du solde disponible ne répondrait ni au principe d'équivalence (l'époux qui s'occupe personnellement des enfants a une prétention qui permet de prélever, pour la satisfaction des besoins familiaux, tout ce qui excède les besoins élémentaires du débiteur), ni à la lettre et à l'esprit de l'art. 164 CC - applicable en cas de vie séparée - qui parle d'un montant équitable (Perrin, ibidem; ATF 114 II 301). Un partage du montant disponible par 60 % en faveur de l'époux attributaire de la garde et 40 % pour l'autre époux, voire par 2/3 - 1/3, échappe dans un tel cas à la critique (Juge délégué CACI 18 février 2011/3 ; Juge délégué CACI 14 mars 2011/15).

c) aa) L'appelant reproche d'abord au premier juge d'avoir fixé une contribution d'entretien globale à partir du 1^{er} janvier 2010, sans faire de distinction pour la période avant et après la date de majorité de l'enfant Enfant 1.

Considérant que l'enfant Enfant 1 avait atteint sa majorité au moment de l'ouverture de l'action en divorce de ses parents, intervenue le 22 décembre 2010, le premier juge a considéré qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la contribution d'entretien qui lui serait due dès lors qu'il appartenait à celle-ci de faire valoir une éventuelle créance envers son père dans une procédure indépendante. Il a ainsi astreint l'appelant à verser une pension globale de 4'300 fr. en faveur de son épouse et de sa fille mineure uniquement.

La contribution d'entretien peut être demandée pour l'avenir et pour l'année précédant le dépôt de la requête (cf. ATF 129 III 60 c. 3), l'effet rétroactif visant à ne pas forcer l'ayant droit à se précipiter chez le juge, mais à lui laisser un certain temps pour convenir d'un accord à l'amiable (ATF 115 II 204 c. 4a). Cette faculté est donnée pour toutes les contributions du droit de la famille, qu'elles soient fixées dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, de mesures provisoires pendant une procédure de divorce ou de la fixation des contributions d'entretien des enfants (Chaix, in Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 10 ad art. 173 CC). La rétroactivité à une date antérieure au dépôt de la requête de mesures provisoires ne se justifie toutefois que s'il existe des motifs particuliers.

En l'espèce, l'appelant admet devoir verser une contribution en faveur des siens à partir du 1^{er} janvier 2010 dès lors qu'il conclut dans son appel à ce que les pensions soient fixées à partir de cette date. Il admet également devoir une pension en faveur de sa fille Enfant 1 pour la période où celle-ci était mineure, à savoir du 1^{er} janvier au 30 juin 2010. On doit reconnaître dans ces circonstances que les pensions sont dues à partir de cette date, antérieure de moins d'un an au dépôt de la requête. Pour la période antérieure à la majorité de l'aînée (soit du 1^{er} au 30 juin 2010), le premier juge ne pouvait par ailleurs refuser de tenir compte de l'existence de celle-ci dans le calcul des contributions d'entretien ; il devait au contraire procéder au calcul de la pension de manière différenciée pour la période courant du 1^{er} janvier au 30 juin 2010, où deux enfants mineurs étaient encore à charge de son épouse, et celle postérieure au 1^{er} juillet 2010, date depuis laquelle son épouse n'a plus qu'une enfant mineure à charge.

Il en découle qu'il conviendra de revoir d'office les calculs afin de déterminer une contribution d'entretien qui tienne compte pour la période courant du 1^{er} janvier au 30 juin 2010 de l'existence de deux filles mineures et non d'une seule.

bb) L'appelant reproche ensuite au premier juge d'avoir pris en compte un revenu net identique pour 2010 et 2011. Il lui fait plus particulièrement grief d'avoir pris en compte pour 2011 le même bonus que celui perçu en 2010. D'une manière plus générale, l'appelant fait par ailleurs valoir que le premier juge aurait omis de déduire, dans le calcul de son revenu mensuel net, divers postes compris dans son salaire, à savoir les allocations familiales versées par l'employeur, la participation de celui-ci à sa prime d'assurance-maladie par 20 francs et l'indemnité de 500 fr. versée par l'employeur pour frais de représentation.

Les allocations familiales versées par l'employeur étant allouées en sus des pensions, il n'y a pas matière à les intégrer dans le revenu déterminant la quotité de la pension. Le grief de l'appelant est ainsi fondé, de sorte que le montant de celles-ci doivent être déduites dudit revenu. Il en va différemment s'agissant de la participation de l'employeur par 20 fr. à l'assurance-maladie de l'appelant, laquelle augmente le revenu de celui-ci ou en diminue les charges dans cette mesure, et de l'indemnité pour frais de représentation, dès lors que rien au dossier n'indique que l'appelant ait des frais effectifs de représentation, correspondant au montant de l'indemnité versée, non pris en charge par l'employeur. En particulier, l'existence de nombreux voyages à l'étranger n'est nullement attestée. L'on relèvera par ailleurs que tout cadre qui voyage se voit rembourser ses frais effectifs sur la base de justificatifs et qu'aucune entreprise n'exige de ses employés qui voyagent au long cours que ces frais - par définition conséquents - ne soient payés par l'employé sur la base d'une modeste indemnité de frais de représentation.

S'agissant du bonus, l'employeur de l'appelant a attesté qu'aucun montant ne serait versé à ce titre en 2011. Dans ces circonstances, on ne saurait prendre en compte un tel bonus dans la détermination du revenu mensuel net de l'appelant en 2011. Un bonus ayant été versé en 2010, il conviendra de fixer les contributions d'entretien dues pour 2010 sur la base des revenus réalisés par l'appelant cette année-là, et celles dues pour 2011 sur la base des revenus réalisés en 2011. Il en ira de même s'agissant du revenu de l'intimée. Rien ne

justifie en effet qu'il soit tenu compte, dans la détermination des contributions d'entretien dues pour 2010, de la rémunération perçue par l'intimée en 2011.

Vu ce qui précède, il convient de retenir que le revenu mensuel net de l'appelant s'élève en 2011 à 9'249 fr. 95, alors qu'il se montait à 10'758 fr. en 2010, allocations familiales exclues.

cc) L'appelant soutient encore qu'il faudrait retenir, au titre de revenu de l'intimée, celui qu'elle percevrait à un taux d'activité à 100 %. Il considère que celle-ci est en mesure de travailler à un tel taux et que l'attestation médicale du 5 octobre 2010, selon laquelle l'intimée devait réduire son taux d'activité pour raisons de santé, n'a aucune valeur probante.

Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien en se fondant, en principe, sur le revenu effectif du débiteur. Il peut toutefois s'en écarter et retenir un revenu hypothétique supérieur, pour autant qu'une augmentation correspondante (ou une non-diminution) de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de celui-ci (TF 5A_736/2008 du 30 mars 2009 c. 4; ATF 128 III 4 c. 4, JT 2002 I 294 c. 4 et les réf. citées). La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal ; il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations ; les critères permettant de déterminer le revenu hypothétique sont en particulier la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF 128 III 4 précité c. 4a ; ATF 129 III 577; TF 5A_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3 ; TF 5A_170/2007 du 27 juin 2007 c. 3.1). Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du débiteur une augmentation ou une non-diminution de son revenu est une question de droit ; en revanche, savoir quel revenu une personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait (ATF 128 III 4 précité c. 4c/bb ; ATF 126 III 10, JT 2000 I 121 c. 2b ; TF 5A_345/2010 du 24 juin 2010 c. 3.2.2. et les réf.). Ces

principes valent également pour le créancier d'entretien. Un revenu hypothétique peut en effet aussi être imputé au créancier d'entretien, s'agissant de statuer sur une contribution d'entretien dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou provisionnelles (TF 5P.63/2006 du 3 mai 2006 c. 3.2 ; TF 5P.112/2001 du 27 août 2001, c. 5e ; TF 5P.90/2002 du 1^{er} juillet 2002, c. 4b).

En l'espèce, l'intimée a travaillé à 100 % jusqu'au 31 juillet 2011, date à laquelle elle a dû réduire son taux d'activité à 80 % pour des raisons médicales. On ne peut suivre l'appelant qui soutient que le certificat médical en attestant, établi le 5 octobre 2010, serait de complaisance. Au stade des mesures provisionnelles, il doit être tenu compte des raisons médicales invoquées. Contrairement à ce que retient l'ordonnance entreprise, dite réduction n'est toutefois pas intervenue en janvier, mais en août 2011 et il s'agit d'une réduction à 80 % et non à 70 %. On ne saurait dans ces circonstances imputer à l'intimée un revenu hypothétique correspondant à une activité à taux complet à compter du 1^{er} août 2011 et il conviendra de ne prendre en compte que le revenu effectivement perçu.

Vu ce qui précède, il y a lieu de retenir au titre de revenu mensuel net de l'intimée un montant de 5'472 fr. 30 en 2010, de 5'585 fr. 90 de janvier à juillet 2011 et de 4'468 fr. 75 à compter du mois d'août 2011.

dd) L'appelant reproche enfin au premier juge d'avoir retenu un montant mensuel de 423 fr. 75 pour des frais d'orthodontie de l'enfant mineur et conteste cette charge.

Le premier juge s'est fondé sur un devis d'un montant de 5085 fr., dont l'intimée a dit qu'il avait été établi à raison de deux dents cassées ensuite d'une dispute père-enfant, montant qu'il a divisé par douze pour fixer la charge mensuelle correspondante.

Les frais d'orthodontie constituent une charge dont il convient de tenir compte, à tout le moins dans le cadre de l'art. 286 al. 3 CC, d'autant plus que le devis établit suffisamment le besoin de la dépense. La formule adoptée par le premier juge, consistant à diviser le devis en douze, ne convient toutefois pas. Si elle tient compte du fait qu'une telle dépense devrait être à la charge des deux parents - au stade des mesures provisionnelles, il ne s'agit pas de statuer sur la question de la responsabilité civile du père, d'ailleurs non établie -, elle perpétue toutefois la charge pour toute la durée des mesures provisionnelles et contraint le débiteur à payer potentiellement bien plus que le montant du devis. Il y a dès lors lieu de tenir compte de la durée du traitement mentionnée dans le devis, à savoir trente mois, de diviser le devis par ces trente mois et d'intégrer le résultat, à savoir 170 fr. par mois, dans les charges de l'intimée, à qui le droit de garde sur l'enfant en traitement a été attribué.

d) Il résulte de tout ce qui précède que le calcul des contributions d'entretien doit être revu et qu'il convient de procéder en distinguant quatre périodes ; le premier semestre 2010, lors duquel deux enfants mineurs étaient à charge de l'intimée qui travaillait à temps plein et dont l'époux touchait un bonus en sus de son salaire, le second semestre 2010, durant lequel un seul enfant mineur était encore à charge de l'intimée, la période courant du 1^{er} janvier 2011 au 31 juillet 2011, durant laquelle l'intimée, qui n'avait qu'un enfant à charge, travaillait à 100 % et l'appelant ne percevait plus de bonus, ainsi que la période à compter du 1^{er} août 2011, date à laquelle l'intimée a réduit son taux d'activité à 80 % pour des raisons médicales.

S'agissant de la contribution d'entretien due pour le premier semestre 2010, il y a lieu de retenir que l'appelant réalisait un revenu mensuel net de 10'758 fr. et assumait des charges incompressibles par 3'933 fr. 80. En tenant compte d'un minimum vital de 1'350 fr., l'appelant bénéficiait d'un disponible mensuel de 5'474 fr. 20. L'intimée disposait pour sa part d'un revenu mensuel de 5'472 fr. 30 et assumait des charges à hauteur de 3'583 fr. 30 (frais de logement par 1'579 fr. 80, assurance-

maladie par 513 fr. 55, frais de transport par 182 fr. 25, charge fiscale par 1'138 fr. 70 et frais d'orthodontie par 170 fr.). Tenant compte d'un montant de base du minimum vital de 1'200 fr. pour elle-même et de 600 fr. pour chacun de ses enfants, l'intimée présentait un découvert mensuel de 511 francs. Vu ce qui précède et la présence de deux enfants mineurs, il y a lieu de fixer la contribution d'entretien à charge de l'appelant pour cette période de telle manière que le découvert de l'intimée soit couvert et que les 2/3 du solde disponible lui revienne. Outre le comblement de son déficit de 511 fr., l'intimée a ainsi droit au montant de 3'275 fr. 70 ($66\% \times (5'474 \text{ fr. } 20 \text{ } ./\text{ } 511)$). La contribution d'entretien à charge de l'appelant en faveur des siens pour le premier semestre 2010 doit ainsi être fixée à 3'786 fr. 70, montant que l'on arrondira à 3'800 fr., les allocations familiales étant dues en sus.

Durant le deuxième semestre 2010, le disponible de l'appelant s'élevait toujours à 5'474 fr. 20. Contrairement au premier semestre 2010, l'intimée ne subissait plus de déficit mensuel, mais bénéficiait d'un disponible de 89 fr., dès lors que le montant de base relatif à sa fille devenue majeure ne devait plus figurer parmi ses charges. Seul un enfant étant à charge de l'intimée, le partage du solde doit s'opérer selon la clé 60 % pour l'intimée et 40 % pour l'appelant, conformément à la jurisprudence présentée ci-dessus (cf. supra c. 4b). Aussi, la contribution doit être arrêtée au montant arrondi de 3'300 fr., les allocations familiales étant dues en sus.

Du 1^{er} janvier 2011 au 31 juillet 2011, l'appelant réalisait un revenu mensuel net de 9'249 fr. 95 de sorte que son disponible s'élevait à 3'966 fr. 15 ($9'249 \text{ fr. } 95 \text{ } ./\text{ } 3'933 \text{ fr. } 80 \text{ } ./\text{ } 1'350$). L'intimée réalisait pour sa part un revenu mensuel de 5'585 fr. 90 et bénéficiait ainsi d'un disponible de 202 fr. 60 ($5'585 \text{ fr. } 90 \text{ } ./\text{ } 3'583 \text{ fr. } 30 \text{ } ./\text{ } 1'800$). Tenant compte du fait que l'intimée a droit, pour elle-même et l'enfant mineur, à 60 % du disponible, la contribution d'entretien pour cette période à charge de l'appelant doit être fixée au montant arrondi de 2'300 fr., les allocations familiales étant dues en sus.

Depuis le 1^{er} août 2011, l'intimée réalise un revenu mensuel net de 4'468 fr. 75 et subit ainsi un déficit mensuel de 914 fr. 55 (4'468 fr. 75 ./ 3'583 fr. 30 ./ 1'800), tandis que le disponible de l'appelant s'élève toujours à 3'966 fr. 15. Après comblement du déficit de son épouse, l'appelant lui doit encore 1'830 fr. 95 (60 % (3'966 fr. 15 ./ 914 fr. 55). Aussi, la contribution d'entretien due par l'appelant à partir du 1^{er} août 2011 doit être fixée au montant arrondi de 2'800 fr., les allocations familiales étant dues en sus.

Pour partie, les montants alloués sont inférieurs à ceux offerts par l'appelant dans ses conclusions. Cela n'est toutefois pas déterminant, vu la maxime d'office et dès lors que les montants calculés par l'appelant le sont sur d'autres bases que celles ici retenues.

5. En définitive, l'appel est partiellement admis et l'ordonnance réformée en ce sens que l'appelant est astreint à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension de 3'800 fr. pour la période allant du 1^{er} janvier au 30 juin 2010, de 3'300 fr. pour la période allant du 1^{er} juillet au 31 décembre 2010, de 2'300 fr. pour la période allant du 1^{er} janvier au 31 juillet 2011 et de 2'800 fr. à compter du 1^{er} août 2011, les allocations familiales étant dues en sus.

Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]).

L'appelant obtenant gain de cause sur plusieurs griefs relatifs la fixation de la contribution d'entretien, mais voyant ses conclusions principales en annulation rejetées, il convient de faire supporter la moitié des frais de justice à chacune des parties et de compenser pour le surplus les dépens de deuxième instance.

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 est réformée comme il suit au chiffre I de son dispositif :

I. Astreint A.B._____ à contribuer comme il suit à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.B._____ et déterminée comme il suit :

- 3'800 fr. (trois mille huit cents francs) plus allocations familiales pour deux enfants, pour l'entretien de B.B._____ et des deux filles du couple, pour la période allant du 1^{er} janvier au 30 juin 2010,
- 3'300 fr. (trois mille trois cents francs) plus allocations familiales pour une enfant, pour l'entretien de B.B._____ et de l'enfant Enfant 2, pour la période allant du 1^{er} juillet au 31 décembre 2010,
- 2'300 fr. (deux mille trois cents francs) plus allocations familiales pour une enfant, pour l'entretien de B.B._____ et de l'enfant Enfant 2, pour la période allant du 1^{er} janvier au 31 juillet 2011,
- 2'800 fr. (deux mille huit cents francs) plus allocations familiales pour une enfant, pour l'entretien de B.B._____ et de l'enfant Enfant 2, à compter du 1^{er} août 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'appelant par 300 fr. (trois cents francs) et de l'intimée par 300 fr. (trois cents francs).

IV. Les dépens de deuxième instance sont compensés.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 21 octobre 2011

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

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 Flurin von Planta (pour A.B. _____)
- Me Laure Chappaz (pour B.B. _____)

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 :

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

Le greffier :