

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 28 mars 2012

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : Mmes Kühnlein et Bendani
Greffier : M. Elsig

* * * * *

Art. 125 al. 1, 285 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.X.**_____, à Yverdon-les-Bains, demandeur, contre le jugement rendu le 23 septembre 2011 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.X.**_____, à Grandson, défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 23 septembre 2011, le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a prononcé le divorce du demandeur A.X._____ et de la défenderesse B.X._____ (I), ratifié la convention partielle signée par les parties à l'audience du 30 juin 2011 attribuant à la mère l'autorité parentale et la garde sur les enfants C.X._____, née le [...] 2000, et D.X._____, née le [...] 2005, fixant le droit de visite du père, constatant la renonciation des parties à tout droit sur la prestation de libre passage de l'autre et liquidant le régime matrimonial en ce sens que chaque partie est reconnue propriétaire des biens et objets en sa possession et n'a aucune prétention à faire valoir contre l'autre du chef de la liquidation du régime matrimonial (II), dit que le défendeur contribuerait à l'entretien de chacun de ses enfants par le versement d'une pension de 750 fr. jusqu'à l'âge de douze ans révolus, de 800 fr. dès lors et jusqu'à l'âge de seize ans révolus et de 850 francs dès lors et jusqu'à la majorité et au-delà, jusqu'à l'achèvement de la formation professionnelle, aux conditions de l'art. 277 al. 2 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210) (III), dit que le défendeur contribuerait à l'entretien de la défenderesse par le versement d'une pension de 1'000 fr. par mois, dès jugement définitif et exécutoire et jusqu'à ce que l'enfant D.X._____ ait atteint l'âge de seize ans révolus (IV), indexé les contributions susmentionnées dans la mesure où les revenus du demandeur le seraient (V) fixé les frais de justice du demandeur à 1'460 fr. et ceux de la défenderesse à 1'580 fr. (VI), compensé les dépens de première instance (VII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

En droit, les premiers juges ont considéré, sur la base des comptes de l'entreprise du défendeur, que celui-ci était capable de réaliser un revenu de l'ordre de 6'000 fr. par mois, ce qui justifiait l'octroi d'une contribution d'entretien pour chaque enfant de 750 fr. par mois et une contribution d'entretien pour la défenderesse de 1'000 fr. par mois.

B. A.X._____ a interjeté appel le 26 octobre 2011 contre ce jugement en concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens que la contribution d'entretien pour chacun des enfants est fixée à 550 fr. par mois jusqu'à l'âge de douze ans révolus, à 600 fr. dès lors et jusqu'à l'âge de seize ans révolus et à 650 fr. dès lors et jusqu'à la majorité ou l'achèvement de la formation professionnelle aux conditions de l'art. 277 al. 2 CC et qu'aucune contribution d'entretien n'est allouée à la défenderesse. Il a produit un bordereau de pièces.

L'intimée B.X._____ a conclu, avec dépens, au rejet de l'appel. Elle a produit un bordereau de pièces, requis la production de pièces et la mise en œuvre d'une expertise.

Le 2 décembre 2011, l'intimée a déposé une requête de mesures provisionnelles tendant à ce que la contribution due par l'appelant pour l'entretien soit fixée à 3'000 fr. par mois dès le 1^{er} décembre 2010. Elle a retiré cette requête le 11 janvier 2012.

C. La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

L'appelant A.X._____, né le [...] 1971, et l'intimée B.X._____ le [...] 1972 se sont mariés le [...] 2000. Deux enfants sont issus de cette union : C.X._____, née le [...] 2000, et D.X._____, née le [...] 2005. Avant leur mariage, les parties ont vécu pendant six ans en concubinage.

Durant la vie commune, les parties, toutes deux au bénéfice d'un certificat fédéral de capacité d'employé de commerce, ont travaillé en qualité de gérants de deux établissements publics qu'ils avaient acquis, puis l'appelant comme gérant d'un établissement public appartenant à un tiers pour un revenu mensuel net de 7'263 fr., alors que l'intimée réalisait

un revenu de 4'992 fr. par mois. Les parties ont contracté d'importantes dettes dont l'instruction n'a pas permis d'établir le montant.

Les parties vivent séparées depuis le 15 août 2006. A l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 janvier 2007, ratifiée pour valoir prononcé partiel de mesures protectrices de l'union conjugale, les parties sont notamment convenues de vivre séparées pour une durée indéterminée, d'attribuer à l'intimée la jouissance du domicile conjugal, à charge pour elle d'en payer le loyer et les charges et d'attribuer à la mère la garde sur les enfants. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 29 juin 2007, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a réglementé le droit de visite du père et a fixé à 2'400 fr. la contribution due par l'appelant pour l'entretien des siens. Ont été prises en compte les indemnités de chômage de 6'308 fr. net du demandeur ainsi que les indemnités perte de gain de la défenderesse par 4'992 fr. par mois.

Il ressort des prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale des 9 octobre 2007 et 9 avril 2009 ainsi que de l'arrêt sur appel du 31 juillet 2009 que l'intimée a retrouvé un travail à 60 % dès le 18 septembre 2007, que le droit aux prestations de l'assurance-chômage de l'appelant s'est éteint au début du mois de septembre 2008 et qu'à la date de l'audience du 31 octobre 2008, l'appelant s'était lancé comme indépendant dans la vente de pièces de rechange pour le modélisme après avoir cherché en vain du travail dans la vente, la représentation et les assurances. Sa raison individuelle a été inscrite au Registre du commerce le 9 décembre 2009.

A l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 7 décembre 2007, l'intimée s'est notamment engagée à trouver un logement meilleur marché pour elle et les enfants et à l'occuper dans un délai échéant au 30 juin 2008 au plus tard.

Par arrêt sur appel de mesures protectrices de l'union conjugale du 31 juillet 2009, la contribution due par l'appelant pour

l'entretien des siens a été fixée à 2'250 fr. par mois dès le 1^{er} octobre 2008. Ont été pris en compte un revenu hypothétique de l'appelant de 5'000 fr. net, part au treizième salaire comprise et un revenu mensuel net de l'intimée pour une activité à 60 % de 3'438 fr. par mois, part au treizième salaire comprise.

Il ressort des comptes produits par l'appelant qu'en 2008, son entreprise a réalisé un bénéfice de 8'425 fr. 38 pour un chiffre d'affaires de 37'714 fr. 91, qu'en 2009, le résultat de l'exercice a été de 52'491 fr. 63 pour un chiffre d'affaires de 344'023 fr. 10 et qu'en 2010, le résultat s'est élevé à 9'664 fr. 27 pour un chiffre d'affaires de 546'147 fr. 43. Dans les comptes de 2008, figure une créance de l'appelant de 17'286 fr. 16. Les comptes mentionnent en outre des prélèvements privés de 25'966 fr. 92 pour l'année 2009 et de 33'245 fr. 97 pour l'année 2010.

Il ressort encore des comptes que l'entreprise de l'appelant a supporté des charges de locaux de 10'907 fr. en 2009 et de 15'641 fr. 20 en 2010. En 2009, les frais de véhicule se sont élevés à 2'422 fr. 65 et à 10'800 fr. en 2010. Les frais d'administration et d'informatique ont passé de 8'036 fr. en 2009 à 11'408 fr. 18 en 2010 et ceux de publicité de 1'876 fr. 80 en 2009 à 15'745 fr. 85 en 2010.

L'appelant vit en ménage commun avec son amie. Son loyer s'élève à 2'400 fr. par mois, charges comprises. Il paie en outre un loyer de 800 fr. par mois pour un atelier servant à l'exploitation de son entreprise. Ses primes d'assurance-maladie se montent à 265 fr. 60 par mois et il supporte des frais médicaux non couverts par la franchise de 1'500 fr. à concurrence de 125 fr. par mois. En 2009, sa charge fiscale s'est élevée à 4'828 fr. 55.

L'intimée a perdu son emploi. Elle touche des indemnités de l'assurance-chômage pour un montant mensuel moyen de 3'384 fr. 60, allocations pour enfants par 387 fr. 10 comprises. Elle vit toujours dans l'appartement conjugal de cinq pièces, avec deux places de parc intérieures, pour un loyer mensuel de 2'530 fr. par mois, charges

comprises. Ce loyer a été payé de nombreux mois par un de ses amis et le 6 juin 2011, elle a versé à celui-ci un montant de 23'000 fr. à titre de "remboursement, acompte pour [ses] loyers". Ses primes d'assurance-maladie s'élèvent à 381 fr. 45 par mois, celle de D.X._____ à 103 fr. 25 et celles de C.X._____ à 102 fr. 95. Bien qu'au chômage, l'intimée paie des frais de garde des enfants de 500 fr. par mois, nécessaires selon elle pour être considérée comme apte au placement. Elle supporte des frais de recherche d'emploi de 150 fr. par mois ainsi qu'une charge fiscale mensuelle de 266 fr. 20.

D.X._____ souffre d'une paralysie cérébrale congénitale l'affectant dans sa motricité de la main et de la jambe droites. Elle suit des séances de physiothérapie et d'ergothérapie une fois par année, doit faire changer son attelle une fois par année et se présenter à une consultation médicale tous les neuf mois. Ce handicap modéré exige que ses parents l'aident notamment pour l'habillage et de le déshabillage, pour certains boutons et fermetures éclair, ainsi que pour le laçage des chaussures. L'état de santé de l'enfant ne nécessite pas une surveillance constante, mais plutôt une attention au quotidien.

Le diagnostic d'épilepsie a été posé chez C.X._____. Toutefois cette affection ne la gêne pas de manière significative dans sa vie quotidienne.

A.X._____ a ouvert action en divorce le 22 juin 2010 devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois et a conclu, avec dépens, au divorce (I) à l'instauration de l'autorité parentale conjointe (II), à l'attribution à la mère de la garde sur les enfants (III) à la fixation de son droit de visite (IV), à ce qu'il contribue à l'entretien de chacun de ses enfants par le versement d'une pension de 550 fr. jusqu'à l'âge de douze ans révolus, de 600 fr. dès lors et jusqu'à l'âge de seize ans révolus et de 650 fr. dès lors et jusqu'à ce que l'enfant ait atteint sa majorité ou ait achevé sa formation professionnelle (V), à l'indexation de ces pensions dans la mesure où ses revenus le seraient (VI), à la dissolution, ainsi qu'à la liquidation du régime matrimonial (VII) et à la

répartition selon les règles légales des avoirs de prévoyance professionnelle (VIII).

Dans sa réponse du 15 octobre 2010, B.X._____ a adhéré aux conclusions I et III de la demande, a conclu au rejet des conclusions II et IV à VII et a conclu reconventionnellement à l'attribution à la mère de l'autorité parentale et de la garde sur les enfants (I) à la fixation du droit de visite du père (II), à l'allocation en sa faveur d'une contribution d'entretien de 1'000 fr. par mois jusqu'à ce que l'enfant D.X._____ ait atteint l'âge de seize ans révolus (III), à ce que le père contribue à l'entretien de chacun de ses enfants par le versement d'une pension de 900 fr. par mois jusqu'à l'âge de douze ans révolus, de 950 fr. dès lors et jusqu'à l'âge de seize ans révolus et de 1'000 fr. dès lors et jusqu'à la majorité de l'enfant, respectivement jusqu'à ce qu'il ait achevé une formation lui permettant d'être indépendant financièrement si les conditions de l'art. 277 al. 2 CC sont remplies, les allocations familiales étant dues en sus si elle ne les reçoit pas directement (IV), à l'indexation de ces contributions (V) à la dissolution et à la liquidation du régime matrimonial en ce sens que chaque partie est réputée propriétaire de l'ensemble des comptes bancaires et postaux, biens meubles et objets en sa possession (VI) et au partage des avoirs de prévoyance professionnelle selon modalités à préciser en cours d'instance (VII), subsidiairement au paiement par l'appelant d'une indemnité équitable d'un montant à préciser en cours d'instance à titre de partage des avoirs de prévoyance professionnelle (VII).

En droit :

1. a) La procédure a été introduite avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2011, du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (ci-après : CPC; RS 272). Toutefois, dès lors que le jugement attaqué a été

rendu après cette date, les voies de droit sont régies par le CPC (art. 405 al. 1 CPC).

b) L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes non patrimoniales et dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Le délai pour l'introduction de l'appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

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., l'appel est recevable.

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, nn. 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. 1249-1250).

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; Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC, p. 1265). 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 et les références citées). La jurisprudence de la cour de céans considère que ces exigences

s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire, mais pas à ceux relevant de la maxime d'office, par exemple ceux portant sur la situation d'enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43).

c/aa) L'appelant a produit un bordereau de quatre pièces supplémentaires. Le procès-verbal de l'audience du 25 février 2011 (pièce 1) fait partie intégrante du dossier et il n'y a pas à se prononcer sur la recevabilité de cette pièce. Les pièces 2, 3 et 4 sont toutes antérieures à l'audience du jugement du 30 juin 2011 et l'appelant n'explique pas pour quel motif il n'en aurait pas eu connaissance. La cour de céans pourra néanmoins en tenir compte, contre l'avis de l'intimée, dans la mesure où la situation concerne des enfants mineurs.

bb) L'intimée produit des pièces qui ont toutes été produites en première instance ou sont postérieures à l'audience de jugement. Elles sont recevables. Elle requiert la mise en œuvre d'une expertise comptable. Subsidiairement, elle requiert la production, par l'intimé, de la comptabilité détaillée de son entreprise individuelle pour l'année 2011 (pièce requise 151) et de tous les relevés de ses avoirs bancaires (pièce requise 152). Ces nouveaux moyens de preuve sont recevables, compte tenu des principes évoqués ci-dessus. Toutefois, comme on le verra, ils ne sont pas déterminants pour l'issue du litige, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y donner suite.

3. a) L'appelant remet en cause le calcul effectué par les premiers juges pour déterminer son revenu mensuel au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle seul le résultat de l'exercice est déterminant pour évaluer le revenu du titulaire d'une entreprise en raison individuelle, les prélèvements effectués à titre privé équivalant à la dissolution d'une réserve s'ils sont supérieurs au résultat de l'exercice. L'appelant conteste par ailleurs s'être constitué un stock de nature pérenne dès lors que, selon la comptabilité, son stock était de 67'679 fr. 93 en 2009 et de 56'059 fr. 18 en 2010. Il signale encore avoir

dû faire face à des pertes de change importantes compte tenu de l'effondrement notoire de l'euro. Enfin, il se réfère au prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 31 juillet 2009 selon lequel son revenu hypothétique était de 5'000 francs.

L'intimée admet que le raisonnement par lequel les premiers juges ont cumulé le chiffre d'affaires de l'entreprise privée aux prélèvements est erroné. Elle soutient néanmoins qu'il s'impose de rechercher les revenus réels de l'intimé et que les premiers juges n'ont pas été dupes en considérant que sa comptabilité ne reflétait pas ses revenus réels. Elle estime que l'effondrement de l'euro procure à l'appelant un revenu supplémentaire dès lors qu'il a acheté des produits en euro et qu'il les revend en franc suisse.

b) Le revenu d'un indépendant est en principe constitué par le bénéfice net de son activité, soit par la différence entre les produits et les charges. Pour subvenir à ses besoins courants, un indépendant opère généralement des prélèvements privés réguliers en cours d'exercice, avant de connaître le bénéfice net de l'exercice qui résulte des comptes établis après la fin de l'exercice. Des prélèvements inférieurs au bénéfice net entraînent la constitution de réserves, tandis que des prélèvements supérieurs impliquent la dissolution de réserves. On ne doit pas retenir que les revenus de l'indépendant ont baissé lorsqu'il a opéré des prélèvements privés inférieurs au bénéfice net de l'exercice. On ne saurait davantage retenir que ses revenus n'ont pas baissé entre deux exercices de référence simplement parce que, indépendamment des bénéfices réalisés, les prélèvements privés sont comparables (TF 5P.330/2006 du 12 mars 2007 c. 3.1).

c) Les premiers juges ont considéré, dans la partie en fait du jugement, que le résultat de l'exercice de l'année 2010 de l'entreprise de l'appelant, par 9'664 francs 27, ne correspondait pas à son revenu effectif et qu'il convenait d'y rajouter la somme de 33'245 fr. 97 correspondant à des prélèvements privés. Il s'agit manifestement d'une erreur comptable, comme relevé par l'appelant et admis par l'intimée. Comme cela ressort

de la jurisprudence précitée, si le résultat d'exploitation de l'entreprise est de 9'664 fr. 27, en prélevant un montant supérieur, l'appelant a dissous des réserves pour subvenir à ses besoins. Le fait d'additionner ces montants revient à tenir compte par deux fois du bénéfice réalisé par l'entreprise car de tels prélèvements correspondent en substance à des « avances sur salaire », le salaire auquel le titulaire a droit n'étant déterminé qu'à la fin de l'exercice.

Le moyen est dès lors bien fondé, même s'il demeure sans incidence sur l'issue du litige (cf. c. 4 ci-dessous)

d) L'appelant fait valoir que le seul exercice déterminant de son entreprise est celui de l'année 2009 dès lors que celui de 2008 n'a duré que deux mois et qu'il a subi d'importantes pertes de change durant celui de l'année 2010. Il en déduit que son revenu déterminant est de 4'374 fr. 30 (52'491,63 : 12)

La comptabilité de l'entreprise n'apparaît toutefois pas apte à elle seule à établir les revenus réels de l'appelant dès lors qu'elle révèle des incohérences manifestes. Ainsi, on ne peut exclure que certaines charges aient été surévaluées dès lors qu'elles apparaissent comme disproportionnées par rapport au chiffre d'affaires, notamment les charges informatique et d'administration pour l'année 2009, par 8'036 fr. 13 ou les frais de publicité pour la même année pour 1'876 fr. 80. L'appelant n'explique en outre pas les raisons de l'augmentation des frais de véhicule de 2'422 fr. 65 en 2009 à 10'800 fr. en 2010, pas plus que de l'augmentation des charges de locaux, qui ont passé de 10'907 fr. 25 en 2009 à 15'641 fr. 20 en 2010. Il est aussi surprenant qu'au vu des chiffres d'affaires annoncés en 2009 de 344'000 francs environ et de 546'000 fr. en 2010, l'appelant ne réalise que des bénéfices respectifs de 52'500 fr. environ et de 9'700 fr. environ. L'appelant admet lui-même que l'exercice 2010 ne doit pas être pris en compte, mais on ne comprend guère pourquoi le bénéfice a diminué de façon si drastique alors que le chiffre d'affaires a augmenté de manière sensible, les explications de l'appelant sur le cours de l'euro n'étant guère convaincantes dès lors que tant les

achats que les ventes se font dans cette monnaie. Seule une expertise comptable serait à même de clarifier la situation.

Toutefois, le salaire allégué par l'appelant est inférieur à celui perçu pendant l'union conjugale. Il convient dès lors d'examiner s'il ne conviendrait pas de lui imputer un revenu hypothétique, ce qui rendrait sans objet une expertise comptable.

4. a) 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) — 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). Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes. Tout d'abord, il doit déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 non publié aux ATF 137 III 604). Ensuite, le juge doit établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit-là d'une question de fait (ATF 128 III 4 c. 4c/bb; 126 III 10 c. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources

(conventions collectives de travail; Philipp Mühlhauser, Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz, 2010; ATF 137 III 118 c. 3.2; TF 5A_99/2011 précité c. 7.4.1). Lorsque le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il savait ou devait savoir qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il n'apparaît pas insoutenable, comme le propose une partie de la doctrine de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (TF 5A_317/2011 du 22 novembre 2011 c. 6.2., non publié in ATF 137 III 614). Pour savoir si l'on peut imputer l'ancien revenu comme revenu hypothétique, il faut néanmoins examiner si le conjoint a toujours la possibilité d'obtenir encore le même revenu, en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant l'effort que l'on peut exiger de lui (question de droit, TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010, publié in SJ 2011 I 177). Le Tribunal fédéral a encore précisé dans un arrêt récent que ce qui est déterminant, c'est de savoir s'il peut être raisonnablement exigé du débirentier qu'il continue d'exercer son activité pour remplir ses obligations d'entretien sans que l'on se demande si c'est par caprice ou représailles qu'il y a renoncé (TF 5A_612/2011 du 27 février 2012 c. 2.1).

b) En l'espèce, l'appelant est au bénéfice d'un certificat fédéral de capacité d'employé de commerce. Durant la vie commune, il a fait l'acquisition de deux établissements publics, puis a travaillé comme gérant d'établissement pour le compte d'un tiers, gagnant 7'263 fr. net, part au treizième salaire comprise, jusqu'en février 2007 (prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 29 juin 2007). Il a ensuite bénéficié d'une indemnité mensuelle de la part du chômage de 6'308 fr. et ce jusqu'en septembre 2008 (prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 avril 2009). Par la suite, il s'est lancé dans la vente de pièces de rechange dans le modélisme et il exploite son entreprise individuelle inscrite le 9 décembre 2009 au registre du commerce depuis lors. Si l'on se réfère aux tabelles de l'Office fédéral de la statistique, le salaire mensuel brut moyen dans le secteur des activités commerciales et administratives pour les hommes qui bénéficient de connaissances professionnelles spécialisées sans toutefois prétendre être très qualifiés,

est de 6'656 fr. (Annuaire statistique de la Suisse 2010, Salaire mensuel brut selon le domaine d'activité, le niveau des qualifications requises pour le poste de travail et le sexe, p. 109). Compte tenu du cursus de l'appelant, du salaire qu'il a été en mesure de réaliser pendant l'union conjugale, du montant des indemnités de chômage qu'il a perçues ensuite, on peut lui imputer un revenu hypothétique de 6'000 fr., ce qui correspond au montant retenu par les premiers juges comme salaire d'indépendant. Tenu à l'entretien de ses deux filles et de son ex-conjointe, l'appelant ne peut se contenter de constater que son choix professionnel ne lui permet pas de réaliser les revenus qu'il espérait et doit tout mettre en œuvre faire face à ses obligations, ce qui est objectivement réalisable. L'appelant n'indique d'ailleurs pas avoir pris vainement des mesures pour améliorer sa situation financière.

La cour de céans doit ainsi imputer un revenu hypothétique de 6'000 fr. à l'appelant, conformément au revenu retenu par les premiers juges mais par substitution de motifs.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

5. L'appelant conteste le montant de la contribution d'entretien allouée en faveur des enfants.

Aux termes de l'art. 285 al. 1 CC, par renvoi de l'art. 133 al. 1 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère, compte tenu de la fortune et des revenus de l'enfant ainsi que de la participation de celui des parents qui n'a pas la garde de l'enfant à la prise en charge de ce dernier.

Pour fixer le montant de la contribution d'entretien en faveur des enfants mineurs, la jurisprudence vaudoise part en règle générale d'un pourcentage du revenu mensuel ou de la capacité de gain du débiteur de la contribution alimentaire, fixé en fonction du nombre d'enfants

bénéficiaires; cette proportion est évaluée à environ 15 à 17% du revenu mensuel net du débirentier si ce dernier a un enfant en bas âge, 25 à 27% lorsqu'il y en a deux, 30 à 35% lorsqu'il y en a trois et 40% lorsqu'il y en a quatre (Bastons Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, SJ 2007 II 77, spéc. p. 107 s.; RSJ 1984 p. 392 n° 4 et note p. 393; Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4^e éd., 2009, n. 978, pp. 567-568; TF 5A_84/2007 du 18 septembre 2007 c. 5.1, reproduit in Revue du droit de la tutelle 2007, p. 299).

En l'espèce, les premiers juges ont appliqué la règle des 25 %, laquelle n'est pas contestée par l'appelant. C'est dès lors à bon droit, compte tenu du revenu de l'appelant, que les pensions en faveur de ses filles C.X._____ et D.X._____ ont été arrêtées à 750 fr. pour le premier palier et augmentées par la suite.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

6. a) L'appelant conteste devoir une pension en faveur de son ex-épouse. Il estime que le train de vie des parties a été mal apprécié par les premiers juges dès lors que le revenu de 7'263 fr. dont il a été tenu compte n'a été effectif que depuis la reprise de l'établissement par un tiers, soit deux mois avant la séparation des parties. Il fait valoir que le calcul du minimum vital de l'intimée a été fait de manière erronée car son loyer est acquitté par un tiers, ce qu'elle a expressément reconnu et qu'elle n'a pas de frais de garde à assumer, dès lors qu'elle était au chômage. Il expose que l'intimée a en outre une pleine capacité de travail dès lors que l'enfant D.X._____ est autonome, malgré son handicap, et qu'elle est âgée de trente-neuf ans, l'allocation d'une contribution d'entretien dans ces circonstances violant le principe du "clean break".

L'intimée prétend que la pension allouée par les premiers juges ne lui permet pas même de couvrir son minimum vital. S'agissant du paiement de son loyer, elle explique que c'est au motif que l'appelant ne s'est pas acquitté régulièrement de la contribution d'entretien qu'elle a dû

requérir l'aide d'un tiers et qu'il s'agit d'un prêt remboursable. Elle soutient que le loyer hypothétique de 1'500 fr. arrêté par les premiers juges n'est pas réaliste compte tenu du marché. Enfin, elle relève que l'appelant méconnaît gravement la jurisprudence du Tribunal fédéral en soutenant qu'elle doit travailler à 100 % alors même que ses filles sont âgées de six et onze ans.

b/aa) Aux termes de l'art. 125 al. 1 CC, si l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable, y compris à la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée, son conjoint lui doit une contribution équitable.

Selon la jurisprudence et la doctrine, cette disposition concrétise deux principes : d'une part, celui du "clean break" qui postule que, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint doit acquérir son indépendance économique et subvenir à ses propres besoins après le divorce et, d'autre part, celui de la solidarité qui implique que les époux doivent supporter en commun les conséquences de la répartition des tâches convenue durant le mariage (art. 163 al. 2 CC), mais également les désavantages qui ont été occasionnés à l'un d'eux par l'union et qui l'empêchent de pourvoir à son entretien. L'obligation d'entretien repose ainsi sur les besoins de l'époux bénéficiaire; si l'on ne peut exiger de lui qu'il s'engage dans la vie professionnelle ou reprenne une activité lucrative interrompue à la suite du mariage, une contribution équitable lui est due pour assurer son entretien convenable. Dans son principe, comme dans son montant et sa durée, cette prestation doit être fixée en tenant compte des éléments énumérés de façon non exhaustive à l'art. 125 al. 2 ch. 1 à 8 CC (ATF 137 III 102 c. 4.1.1; ATF 132 III 598 c. 9.1 et les arrêts cités).

Une contribution d'entretien en faveur de l'ex-conjoint est due si le mariage a concrètement influencé la situation financière de l'époux crédientier ("lebensprägend") et que celui-ci n'est pas en mesure de subvenir à son entretien (ATF 137 III 102 c. 4.1.2; ATF 134 III 145 c. 4). Si le mariage a au moins duré dix ans – période à calculer jusqu'à la date de

la séparation des parties (ATF 132 III 598 c. 9.2; ATF 127 III 136 c. 2c) –, il a eu, en règle générale, une influence concrète (ATF 135 III 59 c. 4.1; TF 5C.49/2005 du 23 juin 2005 c. 2 in La Pratique du droit de la famille [FamPra.ch] 2005 p. 919). Inversement, il y a une présomption de fait de l'absence d'impact décisif du mariage sur la vie des époux lorsque celui-ci a duré moins de cinq ans (ATF 135 III 59 c. 4.1 et les références citées). La jurisprudence retient également que, indépendamment de sa durée, un mariage influence concrètement la situation des conjoints lorsque ceux-ci ont des enfants communs, dans la mesure où l'enfant a été élevé jusqu'alors par le couple (ATF 135 III 59 c. 4.1 et références; TF 5C.261/2006 du 13 mars 2007 c. 3 in FamPra.ch 2007 p. 694; TF 5A_167/2007 du 1er octobre 2007 c. 4), ou en présence d'un déracinement culturel (TF 5A_275/2009 du 25 novembre 2009 c. 2.1; TF 5C.38/2007 du 28 juin 2007, c. 2.8 in FamPra.ch 2007 p. 930).

La capacité de pourvoir soi-même à son entretien est susceptible d'être limitée totalement ou partiellement par la charge que représente la garde des enfants. En principe, on ne peut exiger d'un époux la prise ou la reprise d'une activité lucrative à un taux de 50% avant que le plus jeune des enfants n'ait atteint l'âge de dix ans révolus et de 100% avant qu'il n'ait atteint l'âge de seize ans révolus (ATF 115 II 6 c. 3c). Ces lignes directrices sont toujours valables dès lors que, comme par le passé, la garde et les soins personnels sont dans l'intérêt des enfants en bas âge, ainsi que de ceux en âge de scolarité, et que les soins personnels représentent un critère essentiel lors de l'attribution de la garde (TF 5A_210/2008 du 14 novembre 2008 c. 3.2, non publié in ATF 135 III 158). Elles ne sont toutefois pas des règles strictes; leur application dépend des circonstances du cas concret (TF 5A_241/2010 du 9 novembre 2010 c. 5.4.3). Ainsi, une activité lucrative apparaît exigible lorsqu'elle a déjà été exercée durant la vie conjugale ou si l'enfant est gardé par un tiers, de sorte que le détenteur de l'autorité parentale, respectivement de la garde, n'est pas empêché de travailler pour cette raison; en revanche, la reprise d'une activité lucrative ne peut raisonnablement être exigée lorsqu'un époux a la charge d'un enfant handicapé ou lorsqu'il a beaucoup d'enfants (TF 5A_6/2009 du 30 avril 2009 c. 2.2). Le juge du fait tient compte de ces

lignes directrices dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation qui est le sien (ATF 134 III 577 c. 4; sur le tout: ATF 137 III 102 c. 4.2.2.2; TF 5A_909/2010 du 4 avril 2011, SJ 2011 I 315).

bb) En l'espèce, il est constant que le mariage a concrètement influencé la situation des conjoints, ne serait-ce qu'en raison de la présence de deux enfants communs. Par conséquent, le droit de l'épouse à une contribution d'entretien sera donné s'il s'avère qu'elle ne peut pas subvenir seule à son entretien convenable et que l'époux dispose d'une capacité contributive.

c/aa) Lorsqu'il s'agit de fixer la contribution à l'entretien d'un conjoint dont la situation financière a été concrètement et durablement influencée par le mariage, l'art. 125 CC prescrit de procéder en trois étapes (ATF 137 III 102 ; ATF 134 III 145 c. 4 ; cf. également la précision apportée à cet arrêt par l'ATF 134 III 577 c. 3, ainsi que les arrêts TF 5A_249/2007 du 12 mars 2008 c. 7.4.1 et TF 5A_288/2008 du 27 août 2008 c. 5).

1) La première de ces étapes consiste à déterminer l'entretien convenable après avoir constaté le niveau de vie des époux pendant le mariage. Lorsque l'union conjugale a durablement marqué de son empreinte la situation de l'époux bénéficiaire, le principe est que le standard de vie choisi d'un commun accord doit être maintenu pour les deux parties dans la mesure où leur situation financière le permet. Il s'agit de la limite supérieure de l'entretien convenable. Quand il n'est pas possible, en raison de l'augmentation des frais qu'entraîne l'existence de deux ménages séparés, de conserver le niveau de vie antérieur, le créancier de l'entretien peut prétendre au même train de vie que le débiteur de l'entretien. Enfin, ce n'est que lorsque le divorce est prononcé après une longue séparation, à savoir une dizaine d'années, que la situation de l'époux bénéficiaire durant cette période est en principe déterminante (ATF 137 III 102 ; ATF 132 III 598 c. 9.3).

Lorsqu'il est établi que les époux ne réalisaient pas d'économies durant le mariage, ou que l'époux débiteur ne démontre pas qu'ils ont réellement fait des économies, ou encore qu'en raison des frais supplémentaires liés à l'existence de deux ménages séparés et de nouvelles charges, le revenu est entièrement absorbé par l'entretien courant, il est admissible de s'écarter d'un calcul selon les dépenses effectives des époux durant le mariage (ATF 134 III 145 c. 4). En effet, dans de tels cas, la méthode du minimum vital élargi avec répartition, en fonction des circonstances concrètes, de l'excédent entre les époux permet de tenir compte adéquatement du niveau de vie antérieur et des restrictions à celui-ci qui peuvent être imposées au conjoint créancier divorcé et à tous les enfants, selon le principe de l'égalité entre eux (cf., sur ce principe, TF 5A_352/2010 du 29 octobre 2010 c. 6.2.1 ; ATF 137 III 59 c. 4.2 ; ATF 137 III 102). C'est pour la répartition de l'excédent que l'on raisonnera à partir du train de vie antérieur des époux, le conjoint créancier n'ayant pas droit à un train de vie supérieur à celui qui prévalait durant la vie commune.

2) La deuxième étape relative à l'application de l'art. 125 CC consiste à examiner dans quelle mesure chacun des époux peut financer lui-même l'entretien arrêté à l'étape précédente du raisonnement (ATF 134 III 145 c. 4 ; ATF 134 III 577 c. 3).

Un conjoint – y compris le créancier de l'entretien (ATF 127 III 136 c. 2c) – peut se voir imputer un revenu hypothétique, pour autant qu'il puisse gagner plus que son revenu effectif en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant l'effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui. L'obtention d'un tel revenu doit donc être effectivement possible (ATF 128 III 4 c. 4a). Les critères permettant de déterminer le montant du revenu hypothétique sont, en particulier, la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail. Savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne une augmentation de son revenu est une question de droit ; en revanche, déterminer quel revenu la personne a la possibilité effective de réaliser est une question de fait (ATF 128 III 4 c. 4c/bb).

Selon la jurisprudence, en cas de mariage de longue durée, on présume qu'il n'est pas possible d'exiger d'un époux qui a renoncé à exercer une activité lucrative pendant le mariage et qui a atteint l'âge de quarante-cinq ans au moment de la séparation, de reprendre un travail ; cette limite d'âge ne doit toutefois pas être considérée comme une règle stricte (ATF 115 II 6 c. 5a ; TF 5A_76/2009 du 4 mai 2009 c. 6.2.3 ; TF 5C.320/2006 du 1er février 2007 c. 5.6.2.2). La présomption peut être renversée, en fonction d'autres éléments qui plaideraient en faveur de la prise ou de l'augmentation d'une activité lucrative (cf. TF 5A_6/2009 du 30 avril 2009 c. 2.2 ; TF 5A_76/2009 du 4 mai 2009 c. 6.2.5 ; TF 5A_210/2008 du 14 novembre 2008 c. 4.4 et 3.4, non publié dans l'ATF 135 III 158). La limite d'âge tend à être augmentée à cinquante ans (TF 5A_206/2010 du 21 juin 2010 c. 5.3.2 et les arrêts cités).

La capacité de pourvoir soi-même à son entretien est susceptible d'être limitée totalement ou partiellement par la charge que représente la garde des enfants. En principe, on ne peut exiger d'un époux la prise ou la reprise d'une activité lucrative à un taux de 50 % avant que le plus jeune des enfants n'ait atteint l'âge de dix ans révolus, et de 100 % avant qu'il n'ait atteint l'âge de seize16 ans révolus (ATF 115 II 6 c. 3c).

3) Selon la jurisprudence, s'il n'est pas possible ou que l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable et que son conjoint lui doit donc une contribution équitable, il faut, dans un troisième temps, évaluer la capacité de travail de celui-ci et arrêter une contribution d'entretien équitable ; celle-ci se fonde sur le principe de la solidarité (ATF 134 III 145 c. 4 et les arrêts cités). A ce stade, les critères de l'art. 129 al. 1 CC doivent être pris en considération, par analogie.

bb) En l'espèce, les parties ont vécu séparées pendant cinq ans et demi, ce qui est insuffisant au regard de la jurisprudence précitée pour que l'on prenne en considération leur train de vie durant la séparation. Le train de vie mené pendant la vie commune est dès lors seul

déterminant. Les premiers juges ont admis que l'appelant gagnait alors 7'263 fr. par mois. L'appelant conteste ce montant en relevant qu'il n'a été effectif que depuis la reprise de l'établissement par un tiers, le 1er juin 2006, soit deux mois avant la séparation des parties. Il n'allègue pas que son revenu précédent était inférieur ni n'indique son montant. C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont retenu ce salaire pour déterminer le train de vie. L'épouse gagnait quant à elle 4'992 fr., ce qui fait un total mensuel de 12'255 fr. pour le couple. En considérant que les époux affectaient 25 % de leurs revenus à leurs deux enfants, on peut arrêter leur train de vie à 9'200 fr., soit 4'600 fr. pour chacun d'entre eux, limite supérieure du droit à l'entretien. Les parties n'ont pas réalisé d'économies mais ont, au contraire, contracté des dettes si bien que seul un calcul selon le minimum vital élargi peut entrer en ligne de compte.

Le minimum vital élargi de l'appelant a été arrêté à 4'662 fr. 60 et n'a pas été remis en cause. Quant à celui de l'intimée, l'appelant conteste que le poste de loyer, par 1'500 fr. soit justifié en raison du fait qu'il est acquitté par un tiers. En réalité, il s'agit d'une charge hypothétique dès lors que les premiers juges ont considéré qu'en présence de revenus limités, l'intimée ne pouvait pas prétendre avoir droit de prendre en location un appartement de cinq pièces et demi pour un montant de 2'530 francs. Quoiqu'il en soit, il est exact qu'une dette ne peut être prise en considération dans le calcul du minimum vital que si elle représente une charge effective, dont le débiteur s'acquitte réellement (ATF 121 III 20 c. 3a; ATF 126 III 89 c. 3b; TF 5A_236/2011 du 18 octobre 2011 c. 4.1.3). Dès lors que l'intimée a pu attester rembourser le tiers qui lui avait avancé le montant des loyers, il s'agit d'une charge effective dont il convient de tenir compte. L'intimée requiert que le loyer hypothétique soit fixé à 1'800 fr. pour correspondre aux prix du marché, elle ne produit cependant aucune pièce tendant à démontrer que le montant de 1'500 fr. est inférieur aux prix pratiqués. C'est ainsi ce dernier montant qui sera retenu au titre de loyer hypothétique par la cour de céans.

L'appelant conteste encore que l'intimée doive supporter des frais de garde à hauteur de 500 fr. par mois alors même qu'elle est au

chômage et disponible pour s'occuper des enfants. Les frais de garde sont en principe admis pendant le travail du parent gardien (CACI 28 mars 2011/23; Bastons Bulletti, op. cit., SJ 2007 II p. 86). Il doit en aller de même pendant le chômage dès lors que le parent gardien doit se rendre disponible pour effectuer des recherches d'emploi et être en mesure de reprendre le travail à bref délai. L'intimée percevant des indemnités de chômage pour une activité à 60 %, c'est dire qu'elle doit avoir une disponibilité de trois jours par semaine. Une charge de garde de 500 fr. mensuels, correspondant à 115 fr. par semaine ($500 / 30.5 \times 7$) soit environ 20 fr (115 fr. /6) par jour et par enfant ne paraît pas disproportionnée et doit être admise.

Les autres charges de l'intimée n'étant pas contestées, il y a lieu d'admettre que son minimum vital est de 4'542 fr. 65 comme admis par les premiers juges.

Enfin, D.X._____ et C.X._____ ont maintenant sept et onze ans et l'on ne peut exiger de l'intimée qu'elle travaille à 100 % comme le soutient l'appelant. Elle a travaillé à 60 % jusqu'à présent et une augmentation n'est pas envisageable à ce stade, quel que soit l'impact du handicap de D.X._____ sur la vie quotidienne. Le raisonnement des premiers juges ne prête dès lors pas flanc à la critique et l'on doit considérer que l'intimée peut pourvoir à son entretien à concurrence des indemnités chômage qu'elle perçoit pour une activité à 60 %, soit 2'997 fr. 50. L'intimée accuse alors un manco de 1'545 fr. 15 ($2'997 \text{ fr. } 50 - 4'542 \text{ fr. } 65$) et l'appelant bénéficie d'un solde de 1'337 fr. 40 ($6'000 \text{ fr. } - 4'662 \text{ fr. } 60$). L'appelant est dès lors en mesure de servir la pension réclamée par 1'000 francs.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

7. En conclusion, l'appel doit être rejeté et le jugement confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires en matière civile; RSV 270.11.5), sont mis à la charge de l'appelant, vu le rejet de l'appel. Celui-ci devra en outre verser à l'intimée des dépens fixés à 1'500 fr. (art. 106 al. 1 CPC; art. 7 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile; RSV 270.11.6]).

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.X._____.
- IV.** L'appelant A.X._____ doit verser à l'intimée B.X._____, la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 29 mars 2012

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 Pierre-Xavier Luciani (pour A.X. _____),
- Me Gloria Capt (pour B.X. _____).

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 :

- Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

Le greffier :