

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 juin 2012

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : MM. Giroud et Krieger
Greffier : M. Bregnard

Art. 125 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **MME W.**_____,
à Vevey, défenderesse, contre le jugement rendu le 23 janvier 2012 par le
Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant
l'appelante d'avec **M. W.**_____, à Lausanne, demandeur, la Cour
d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 23 janvier 2012, le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé le divorce des époux M. W._____ et Mme W._____ (I), ratifié la convention partielle du 10 septembre 2010 (II), ainsi que celle du 13 octobre 2011 (III), ordonné le transfert des avoirs de libre passage (IV), arrêté à 1'500 fr. les frais judiciaires mis à la charge de chaque partie (VI), dit que Mme W._____ devait à M. W._____ un montant de 3'500 fr. à titre de dépens (VI) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII).

En droit les premiers juges ont refusé d'allouer une pension alimentaire à Mme W._____. Ils ont retenu que la défenderesse disposait d'une capacité de gain hypothétique de l'ordre de 4'600 fr. lui permettant de subvenir à son entretien, de sorte qu'en application du principe dit du clean break, il n'y avait pas lieu de lui allouer une contribution d'entretien.

B. Mme W._____ a formé appel contre ce jugement par acte du 21 février 2012 concluant, avec suite de dépens de première et de seconde instances, à sa réforme en ce sens que M. W._____ soit astreint au paiement d'une contribution d'entretien après divorce d'un montant de 2'800 fr. par mois jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge légal de la retraite, à savoir jusqu'au mois de décembre 2021.

Par réponse du 2 avril 2012, l'intimé a conclu, avec suite de dépens, au rejet de l'appel du 21 février 2012.

Le 1^{er} février 2012, l'appelante a déposé une requête d'assistance judiciaire en prévision de la présente procédure. Le Juge délégué de la Cour d'appel civile a, par décision du 9 février 2012, accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire à Mme W._____ avec effet au 1^{er} février 2012, Me Catherine Jacottet Tissot étant désignée en qualité de conseil d'office.

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

a) M. W._____, né le 7 décembre 1956, et Mme W._____, née le 7 août 1957, se sont mariés le 20 mars 1992 devant l'Officier de l'état civil de Morat (FR). Deux enfants sont issus de cette union, soit[...], né le 23 septembre 1992, aujourd'hui majeur, et[...], née le 26 avril 1995.

Les époux vivent séparés de fait depuis 2001.

En 2007 une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale a été introduite. Elle a abouti à une convention datée du 25 octobre 2007 qui prévoyait notamment que M. W._____ contribuerait à l'entretien de sa famille par le versement d'une contribution d'entretien d'un montant de 4'500 fr. par mois, allocations familiales en sus.

b)M. W._____ (ci-après : le demandeur) a ouvert action en divorce par demande du 13 janvier 2010 concluant en substance, avec suite de frais et dépens, à ce que le divorce soit prononcé (I), que l'autorité parentale sur les enfants Julien et Camille soit exercée conjointement (II), que la garde des enfants soit attribuée à dire de justice (III), que le parent non gardien bénéficie d'un large de droit de visite à exercer d'entente avec les enfants (IV), qu'il soit astreint à contribuer à leur entretien par le versement de pensions fixées à dire de justice (V), que les pensions soient indexées chaque année (VI), que le régime matrimonial soit dissous et liquidé (VII) et que les prestations de libre passage constituées durant le mariage soient partagées par moitié (VIII).

Par réponse du 11 mars 2010, Mme W._____ (ci-après; la défenderesse) a admis le principe du divorce (I), ainsi que les conclusions II, VII et VIII de demandeur. Elle a en revanche conclu au rejet des conclusions III, IV, V et VI. Reconventionnellement, elle a conclu à ce que la garde des enfants lui soit attribuée (I), que le droit de visite du père s'exerce d'entente avec la mère et les enfants (II), que le demandeur contribue à l'entretien de ses enfants par le versement d'une pension

s'élevant pour chacun d'eux à 12,5 % de ses revenus mensuels nets moyens, jusqu'à la majorité et au-delà jusqu'à l'achèvement d'une formation professionnelle (III), que le demandeur serve une contribution d'entretien à son épouse d'un montant de 2'800 fr. par mois (IV), que les contributions mentionnées sous chiffres III et IV soient indexées (V) et que le régime matrimonial soit liquidé (VI).

Dans ses déterminations du 23 juin 2010, le demandeur a conclu au rejet des conclusions reconventionnelles de la défenderesse.

Par procédé écrit du 30 août 2010, la défenderesse s'est prononcée sur les déterminations du demandeur du 23 juin 2010.

Lors de l'audience préliminaire du 10 septembre 2010, les parties ont conclu une convention partielle prévoyant que les parties adhéraient au principe du divorce (I), que l'autorité parentale s'exercerait conjointement (II), que la garde des enfants était confiée à Mme W. _____ (III) et que les avoirs de prévoyance professionnelle seraient partagés par moitié (IV).

Lors de l'audience de jugement du 13 octobre 2011, les parties ont été entendues, ainsi que le témoin [...], assistante de direction connaissant la défenderesse depuis 5 ans. Les parties ont précisé leur convention du 10 septembre 2010 en ce sens qu'elles ont fixé le montant dû par M. W. _____ à Mme W. _____ pour le partage des avoirs de prévoyance professionnelle (IV), fixé les contributions dues par M. W. _____ pour l'entretien des enfants à 1'200 fr. pour [...] et à 700 fr. pour [...], allocations familiales en sus, précisant que M. W. _____ contribuerait pour moitié aux frais d'orthodontie non couverts par les assurances de [...] ainsi qu'à ses frais d'écolage (V) et prévu que les contributions prévues sous chiffre V seraient indexées (VI).

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

aa) Le demandeur travaille en qualité d'ingénieur au service de [...], à Berne, et perçoit à ce titre un revenu mensuel brut de l'ordre de 9'900 fr., allocations familiales non comprises, auquel s'ajoute un bonus variable, qui s'est élevé pour l'année 2011, à 7'815 francs.

Les charges mensuelles de M. W._____, qui fait ménage commun avec une nouvelle compagne, comprennent son minimum vital par 850 fr, un montant minimal pour les dépenses imprévues, par 170 fr. (20 % du minimum vital), un loyer de 550 fr., une prime d'assurance-maladie, par 391 fr. 95, une part non couverte de frais médicaux, par 100 fr., des frais d'électricité, de gaz et de téléréseau, par 200 fr., des frais de téléphone, par 80 fr., des impôts, par 50 fr. 60, ainsi que des frais de transport, par 275 francs.

bb) La défenderesse a effectué une formation interne à l'administration publique des postes et des télécommunications (PTT), qui a abouti à la délivrance d'une attestation d'assistante d'exploitation en 1974. Selon le témoin [...], l'attestation précitée n'a actuellement plus aucune valeur sur le marché du travail. Avant le mariage, la défenderesse travaillait en qualité d'employée non qualifiée au CHUV. À la suite de la naissance du premier enfant du couple en 1992, la défenderesse n'a plus exercé d'activité lucrative. Le 1^{er} mars 2004, elle a repris une activité salariée en tant que vendeuse à temps partiel dans le magasin [...]. Elle a tenté de se perfectionner en entamant en 2009 une formation en informatique auprès de l'école Migros qu'elle n'a pas achevée. Durant l'année 2010, la défenderesse a réalisé un revenu net de 19'000 fr. qui, mensualisé, correspond à un montant de 1'580 fr. Dès le 1^{er} janvier 2012, elle bénéficie d'une augmentation de salaire de 50 cts par heure de travail. Actuellement, son revenu mensuel s'élève à 1'700 fr. nets, pour un taux d'activité oscillant entre 40% et 50%.

Depuis 2007, Mme W._____ a compilé toutes ses recherches d'emploi dans des carnets. Il en ressort qu'elle a postulé à des postes de vendeuse, de téléphoniste et d'employée de bureau.

En raison d'un accident de vélo survenu au cours de l'été 2007, la défenderesse a été en incapacité de travail à 100% du 9 avril au 14 septembre 2008, puis à 50% jusqu'au 30 novembre 2008. Elle est suivie par le Dr [...] pour des problèmes articulaires. Celui-ci estime qu'elle "devrait éviter les trop longues stations debout et les travaux physiquement contraignants dans le cadre de son emploi", ainsi que cela ressort des certificats médicaux des 8 juin 2009 et 3 décembre 2010.

Les charges mensuelles de la défenderesse comprennent son minimum vital selon le droit des poursuites par 1'350 fr. par mois, un montant pour les dépenses imprévues, par 270 fr. (20% du minimum vital de base), un loyer de 1'305 fr., correspondant au loyer de 1'705 fr. sous déduction de la part au logement des deux enfants vivant sous son toit, par 400 fr., une prime d'assurance-maladie de 432 fr., une part non couverte de frais médicaux de 100 fr., une prime d'assurance RC et incendie de 38 fr. 30, des frais Billag et Sittel de 68 fr. 35, des frais de téléphone, par 200 fr., des impôts, par 636 fr., une participation à l'assistance judiciaire, par 50 fr., ainsi que des frais de transport de 150 fr. (100 fr. d'essence, 35 fr. de frais de transport de train et 15 fr. pour l'entretien d'un vélo).

cc) Durant la vie commune, l'entretien des parties a été assuré principalement par le revenu de M. W._____, puisque Mme W._____ n'a repris une activité lucrative qu'en 2004, à savoir trois ans après la séparation de fait du couple.

En droit :

1. a) Le jugement attaqué a été rendu le 23 janvier 2012, 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 ; ATF 137 III 127 ; ATF 137 III 130 ; Tappy, in CPC commenté, Bâle 2011, nn. 5 ss ad art. 405 CPC). Cela étant, le contrôle du

droit portera en partie sur les règles cantonales de procédure, notamment les dispositions du CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966) relatives aux dépens. En effet, le procès, ouvert avant le 1^{er} janvier 2011, a été régi, en première instance, par le droit de procédure cantonal (art. 404 al. 1 CPC ; Tappy, op. cit., nn. 21 ss ad art. 405 CPC).

b) L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse dépasse 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), contre une décision finale de première instance, 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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135).

A teneur de l'art. 289 CPC, la décision de divorce ne peut faire l'objet d'un appel que pour vice du consentement ; un appel ordinaire est toutefois ouvert contre la décision sur les effets accessoires du divorce.

En l'espèce, l'appel porte exclusivement sur les effets accessoires du divorce, de sorte qu'il n'est pas soumis à la limitation des griefs de l'art. 289 CPC.

b) Selon l'art. 318 CPC, l'appel déploie principalement un effet réformatoire, de sorte que l'autorité d'appel statue elle-même sur le fond ; par exception, lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé ou lorsque l'état de fait doit être complété sur des points essentiels, l'autorité d'appel peut renvoyer la cause à la première instance (cf. Jeandin, in CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 318 CPC).

En l'espèce, l'autorité d'appel est en mesure de statuer en réforme sur la base des pièces au dossier.

c) Les conclusions ne peuvent être modifiées en appel que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies – soit qu'il y ait connexité avec les prétentions initiales ou que la partie adverse consente à la modification – et, cumulativement, que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC ; Tappy, op. cit., in JT 2010 III 140). Cette limitation ne vaut pas lorsque la maxime d'office est applicable, les conclusions des parties n'étant que des propositions qui ne lient pas le juge (Reetz/Hilber, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2010, n. 76 ad art. 317 CPC).

En l'espèce, l'appelante a repris les conclusions prises en première instance, qui sont donc recevables.

d) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées).

En l'espèce, l'intimé a produit deux pièces à l'appui de sa réponse. La pièce 49, antérieure à l'audience de jugement, est irrecevable, dès lors que l'intimé ne démontre pas que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC sont remplies. La pièce 48 est certes nouvelle en ce sens qu'elle a été établie postérieurement à l'audience de jugement de première instance, mais concerne des faits qui ne sont pas nouveaux. La partie qui l'a produite n'explique au demeurant pas pourquoi elle ne pouvait pas la produire en première instance. Il en découle que cette pièce est également irrecevable.

3. Dans un premier temps, l'appelante se plaint d'une constatation inexacte des faits et demande que l'état de fait soit complété sur plusieurs points.

a) Elle reproche tout d'abord aux premiers juges de n'avoir pas retenu les certificats médicaux du Dr [...] produits en première instance (pièces 114 et 129), qui font état des problèmes articulaires dont elle souffre. L'état de fait a été complété en mentionnant ces certificats et en exposant leur contenu.

b) Selon l'appelante, les premiers juges ont considéré à tort que ses efforts en vue d'acquérir une indépendance économique paraissaient insuffisants. Sur ce point, elle reproche au tribunal de ne pas avoir mentionné les cahiers (pièce 103 bis) dans lesquels sont consignées ses recherches d'emploi. L'état de fait a été modifié en ce sens que les cahiers de l'appelante ont été mentionnés.

c) Dans le jugement attaqué, les premiers juges ont selon l'appelante traité de manière lacunaire la séparation du couple en omettant de préciser qu'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale avait été introduite pour la première fois en 2007. L'état de fait a été précisé en ce sens.

d) Enfin, l'appelante critique le fait que le jugement ne retient pas le montant du bonus variable perçu par l'intimé en 2011. Sur ce point

également, l'état de fait a été précisé et le montant de 7'815 fr. perçu à titre de bonus par l'intimé mentionné.

4. a) L'appelante soutient qu'en vertu de l'art. 125 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210), elle a droit une contribution d'entretien pour elle-même. Elle fait valoir qu'au vu de sa situation personnelle et de sa formation, elle n'est pas en mesure de réaliser un revenu permettant de couvrir ses frais.

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. 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 non seulement 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 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 132 III 598 c. 9.1 et les arrêts cités ; TF 5A_478/2010 du 20 décembre 2010 c. 4.1.1).

Une contribution est due si le mariage a concrètement influencé la situation financière de l'époux créancier. Si le mariage a duré au moins dix ans – période à calculer jusqu'à la date de la séparation des parties (ATF 132 III 598 c. 9.2) –, il est présumé avoir eu une influence concrète. La jurisprudence retient également que, indépendamment de sa

durée, un mariage influence concrètement la situation des conjoints lorsque ceux-ci ont des enfants communs. Un tel mariage ne donne toutefois pas automatiquement droit à une contribution d'entretien : selon la jurisprudence, le principe de l'autonomie prime le droit à l'entretien, ce qui se déduit directement de l'art. 125 CC ; un époux ne peut prétendre à une pension que s'il n'est pas en mesure de pourvoir lui-même à son entretien convenable et si son conjoint dispose d'une capacité contributive (ATF 137 III 102 c. 4.2.1 ; ATF 134 II 145 c. 4).

bb) En l'espèce, les parties se sont mariées en 1992 et se sont séparées de fait en 2001. Le couple a eu deux enfants. L'appelante a cessé de travailler en 1992 à la naissance du premier enfant et a repris une activité lucrative à temps partiel en 2004. Au regard de ces éléments, il y a lieu d'admettre que le mariage a exercé une influence concrète et durable sur la situation financière de l'appelante. Cet aspect n'est d'ailleurs pas remis en cause par les parties.

c) 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 ; TF 5A_288/2008 du 27 août 2008 c. 5 et TF 5A_507/2011 du 31 janvier 2012 c. 4.3.1).

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). Savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité ou augmente celle-ci, eu égard notamment à sa formation, à son âge et à son état de santé, est 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, ou les augmenter, en travaillant. Il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement accomplir. En revanche, savoir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu du marché du travail, sont des questions de fait (ATF 128 III 4 c. 4; ATF 126 III 10 c. 2b; TF 5A_894/2010 du 15 avril 2011 c. 3.1; TF 5A_588/2010 du 12 janvier 2011 c. 2.1; TF 5A_795/2010 du 4 février 2011 c. 3.2). Le juge doit les examiner concrètement et, s'agissant du salaire, éventuellement en se basant sur l'enquête suisse sur la structure des salaires réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources telles que des conventions collectives de travail (ATF 137 III 118 c. 3.2; TF 5A_894/2010 précité c. 3.1).

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 45 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 1^{er} 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 50 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 10 ans révolus, et de 100 % avant qu'il n'ait atteint l'âge de 16 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).

d/ aa) En l'espèce, les parties ont vécu séparément depuis 2001. Lorsqu'elles ont passé une convention de mesures protectrices de l'union conjugale en octobre 2007, il avait été admis que l'épouse gagnait 725 fr. par mois et avait droit à une pension de 4'500 fr., allocations familiales en sus pour les deux enfants. Toutefois, aucun élément ne permet de déterminer comment les ressources des conjoints étaient réparties au sein du couple durant la séparation de fait antérieure et dans quelle mesure celle-ci était effective. Le régime prévu par les mesures protectrices n'ayant duré que trois années avant l'ouverture de l'action en divorce - sur une dizaine d'années de séparation -, on ne saurait considérer que le train de vie de l'appelante correspond à sa situation durant cette période restreinte. Il faut plutôt, puisque le revenu de chacun des époux n'a guère varié depuis leur séparation de fait et qu'on peut partir de l'idée, vu la présence des enfants, que l'entier de ce revenu était utilisé pour subvenir aux besoins des deux ménages, considérer que l'appelante peut prétendre au même train de vie que l'intimé.

En l'occurrence, au vu de la situation personnelle et financière des parties, on peut considérer que des économies n'étaient pas réalisées durant le mariage. Il s'agit donc d'appliquer la méthode dite du minimum vital élargi. Dans ce cadre, les premiers juges ont fixé à 4'600 fr. le montant nécessaire pour assumer l'entretien convenable de l'appelante. Celle-ci ne remet pas en cause ce montant. L'intimé quant à lui ne discute pas les divers éléments qui composent ce montant global et se borne à

proposer un calcul dans lequel on déduirait du montant dont disposait l'appelante en mesures protectrices une part afférente aux enfants, procédé qui ne peut pas être adopté en procédure de divorce.

Il sied donc de déterminer si l'appelante est en mesure de réaliser un revenu lui permettant de couvrir son entretien convenable.

bb) Les parties divergent au sujet du revenu que l'appelante est en mesure de réaliser. Selon l'intimé et les premiers juges, l'appelante aurait une capacité de gain qui lui permettrait de couvrir son entretien convenable. L'appelante quant à elle estime être en mesure de gagner un montant de 1'800 fr. par mois et prétend au versement d'une contribution d'entretien correspondant au déficit qu'elle devrait supporter, soit 2'800 fr (4'600 fr. - 1'800 fr.)

Malgré le fait que à dire de médecin, l'appelante devrait éviter de longues stations debout et des travaux physiquement contraignants, il ne ressort pas du dossier qu'elle ne serait pas en mesure de travailler à 100 %. Au surplus, les enfants, âgés de plus de 16 ans, ne nécessitent plus sa présence. On peut ainsi exiger de l'appelante qu'elle exerce une activité lucrative à 100%. Agée de 55 ans, elle n'a pas d'autre formation que celle d'assistante d'exploitation PTT acquise en 1974. A la naissance du premier enfant du couple en 1992, elle a quitté son emploi non qualifié au CHUV et a repris en 2004 une activité de vendeuse à temps partiel. Il est vrai qu'elle aurait pu s'inscrire, en qualité de demandeur d'emploi à l'ORP, respectivement suivre certains cours de formation et ne pas se borner à effectuer des recherches de travail épisodiquement comme le montrent les pièces qu'elle a produites. Toutefois, au vu de sa situation, il ne peut être attendu d'elle, qu'elle trouve un emploi lui offrant une rémunération supérieure au double de ce qu'elle gagne actuellement à mi-temps en qualité de vendeuse, ce d'autant moins qu'elle éprouve certains ennuis de santé. L'appelante exerçant déjà une activité à temps partiel en adéquation avec ses qualifications, sa capacité contributive doit être

déterminée sur cette base et non pas en se référant à des valeurs statistiques.

Dès lors, le revenu hypothétique pouvant être imputé à l'appelante doit correspondre au double du salaire perçu actuellement pour son activité à 50%. Au vu des revenus réalisés en 2010 et 2011 et de l'augmentation de salaire dont elle bénéficie, le revenu de l'appelante s'élève actuellement à 1'700 fr. pour son activité à mi-temps. Le revenu hypothétique pouvant lui être imputé s'élève donc à 3'400 fr. (2 x 1'700 fr.) par mois. A relever que ce montant n'est pas très éloigné du salaire mensuel net retenu par la statistique pour une femme dans le secteur du commerce de détail pour une activité simple et répétitive, qui s'élève à environ 3'500 fr. (4'164 fr. brut - déductions sociales de l'ordre de 15% ; <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=42391>).

cc) L'appelante, qui est en mesure de réaliser un revenu de 3'400 fr. par mois, n'a pas une capacité de gain suffisante pour assumer son entretien convenable qui s'élève à 4'600 fr. Elle a donc droit à une contribution d'entretien qui doit être fixée à 1'200 fr. (4'600 fr. - 3'400 fr). Vu sa situation financière et personnelle, l'intimé est à même de s'acquitter mensuellement de ce montant.

e) Bien fondé, le moyen doit être admis.

5. a) L'appelante conclut à ce que les frais et dépens de première instance soient mis à la charge de l'intimé.

b) S'agissant de la pension, unique point encore litigieux au stade du jugement, l'appelante demandait 2'800 fr. alors que l'intimé s'opposait au principe d'une contribution d'entretien. La pension finalement octroyée s'élevant à 1'200 fr. jusqu'à ce que le débirentier ait atteint l'âge de l'AVS, l'appelante obtient partiellement gain de cause sur la question encore litigieuse.

c) Vu ce qui précède, l'appelante a droit a des dépens de première instance réduits d'un tiers. En tenant compte de ses frais d'avocats et des frais de justice, des dépens de première instance, arrêtés à 2'000 fr., doivent lui être alloués.

6. En conclusion, l'appel doit être partiellement admis et le jugement est complété par un chiffre III bis de son dispositif, en ce sens que l'intimé contribuera à l'entretien de l'appelante par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'200 fr, payable d'avance le premier de chaque mois, dès jugement définitif et exécutoire et jusqu'à ce que l'intimé ait atteint l'âge de l'AVS, et réformé à son chiffre V en ce sens que l'intimé doit à l'appelante la somme de 2'000 fr. à titre de dépens de première instance.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'500 fr. (art. 63 al. 3 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'intimé à raison des deux tiers, le solde incombant à l'appelante.

Vu le sort de l'appel, l'appelante a droit à des dépens de deuxième instance diminués d'un tiers. Un plein défraiement se serait élevé à 2'100 fr. de sorte qu'un montant de 1'400 fr. doit être alloué.

7. Le 6 juin 2012, le conseil d'office de l'appelante a déposé une liste des opérations dont il ressort qu'il a consacré 9 heures et 18 minutes à la procédure d'appel, ce qui paraît justifié vu l'ampleur du litige et le travail accompli. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010, RSV 211.02.3]), l'indemnité doit être fixée à 1'807 fr. 90, TVA par 8% comprise. Aucun débours n'étant allégué, l'indemnité d'office de Me Catherine Jacottet Tissot doit ainsi être arrêtée à 1'807 fr. 90.

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

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 admis.
- II. Le jugement est complété par un chiffre III bis et est réformé à son chiffre VI comme suit :

III bis Dit que M. W._____ contribuera à l'entretien de Mme W._____, par le versement, dès jugement de divorce définitif et exécutoire, d'une pension de 1'200 fr. (mille deux cents francs), payable d'avance le premier jour de chaque mois, jusqu'à ce que le débitrentier ait atteint l'âge de l'obtention d'une rente AVS.

VI Dit que M. W._____ est le débiteur de Mme W._____, de la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'500 fr. (mille cinq cents francs), sont mis à la charge de l'appelante, par 500 fr. (cinq cents francs), et de l'intimé, par 1'000 fr. (mille francs).

- IV.** L'indemnité d'office de Me Catherine Jacottet Tissot, conseil de l'appelante, est arrêtée à 1'807 fr. 90 (mille huit cent sept francs et nonante centimes), TVA et débours compris.
- V.** La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat.
- VI.** L'intimé doit verser à l'appelante la somme de 1'400 fr. (mille quatre cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- VII.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 20 juin 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 Catherine Jaccottet Tissot (pour Mme W. _____),
- Me Henriette Dénéreaz Luisier (pour M. W. _____).

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, au :

- Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois

Le greffier :