

JUGE DELEGUEE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 mars 2013

Présidence de Mme KÜHNLEIN, juge déléguée

Greffière : Mme Vuagniaux

Art. 69 et 118 al. 1 let. c CPC; 30 al. 1 Cst.

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.P.**_____, à Lausanne, intimé, contre l'ordonnance rendue le 19 novembre 2012 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.P.**_____, à Lausanne, requérante, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 19 novembre 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a dit qu'A.P._____ contribuera à l'entretien de son épouse B.P._____ par le régulier versement, en mains de celle-ci, d'avance le premier de chaque mois, d'une pension mensuelle de 1'150 fr., dès et y compris le 1^{er} octobre 2012 (I), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (II) et rendu l'ordonnance sans frais ni dépens (III).

En fait et en droit, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a détaillé les revenus et charges de chacune des parties et considéré qu'une fois couvert le manco de la requérante par 1'099 fr. 50, il restait un disponible de 102 fr. 60 à l'intimé, lequel devait être partagé à raison de la moitié pour chacun des époux.

B. A.P._____ a interjeté appel le 30 novembre 2012 contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à la réforme du chiffre I du dispositif en ce sens qu'il contribuera à l'entretien de son épouse par le régulier versement en mains de celle-ci d'une pension mensuelle de 325 fr. dès et y compris le 1^{er} octobre 2012 et, subsidiairement, au renvoi de la cause au Tribunal d'arrondissement pour compléter l'état de fait relatif à la situation financière de B.P._____.

L'appelant a requis la production de deux pièces, à savoir la dernière attestation de départ et de retour en Suisse de l'intimée par le Service de la population, à Lausanne (ci-après : SPOP), ainsi que toute pièce justificative permettant d'établir les revenus de l'intimée entre octobre 2009 et janvier 2012. Il a assorti son appel d'une demande d'assistance judiciaire.

Par décision du 13 décembre 2012, la juge déléguée de la Cour d'appel civile a rejeté la requête d'effet suspensif formulée par l'appelant.

L'intimée s'est déterminée le 6 mars 2013 en concluant au rejet de l'appel. Elle a assorti son écriture d'une requête d'assistance judiciaire.

Par décision du 25 janvier 2013, la juge déléguée de la Cour de céans a accordé à A.P._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 30 novembre 2012, dans la procédure d'appel qui l'oppose à son épouse, sous forme d'exonération d'avances et des frais judiciaires et de l'assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Isabelle Jaques.

Les 4 et 6 mars 2013 respectivement, le SPOP et l'intimée ont répondu aux demandes de réquisition de pièces de la juge déléguée de la Cour de céans (cf. infra, let. C, ch. 8 et 9).

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

1. B.P._____, née [...] le [...] 1965, et A.P._____, né le [...] 1959, tous deux de nationalité portugaise, se sont mariés le [...] 1984 au Portugal. Aucun enfant n'est issu de cette union.

2. Le 21 septembre 2012, B.P._____ a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale en concluant à la séparation d'avec son époux et au versement par celui-ci d'une contribution d'entretien.

3. Dans un certificat médical du 9 octobre 2012, le Dr H._____, généraliste FMH, à Lausanne, a attesté que B.P._____ présentait de graves problèmes de santé, à savoir une hypertension artérielle sévère, un diabète de type 2 non insulino-dépendant et une hypercholestérolémie. Elle avait également souffert d'un accident vasculaire cérébral. Il a ajouté qu'à la suite d'un entretien avec A.P._____ à son cabinet en juin 2012, celui-ci avait apparemment mis en doute les diagnostics posés et la souffrance de son épouse. En outre, selon les dires de celle-ci, ses

conditions de vie à la maison restaient très difficiles. Le praticien a finalement indiqué que, dans ce contexte, la santé de la requérante pourrait s'aggraver.

Dans un certificat médical du même jour, le Dr H._____ a indiqué que sa patiente ne pouvait travailler qu'à mi-temps au vu de son état de santé psychique.

4. Le 10 octobre 2012, [...], intervenante sociale au Centre d'accueil de Malley Prairie, a établi l'attestation suivante :

« Par la présente, nous certifions que Madame B.P._____, née le [...]1965, a été vue en entretien ambulatoire par mes soins. Madame a fait le récit des violences conjugales endurées durant ses nombreuses années de mariage et de l'interdiction faite par son mari qu'elle réintègre le domicile conjugal à son retour de vacances au Portugal, dimanche dernier. Madame a pris ses dispositions pour demander la séparation dont l'audience a été fixée au 11.10.2012 au tribunal d'arrondissement de Lausanne.

Madame ayant une solution d'hébergement provisoire, nous ne lui avons pas proposé de séjourner au centre. Néanmoins, elle reste parfaitement admissible selon nos critères de violences (psychologique, physique et économique). »

5. L'audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 11 octobre 2012. La requérante, assistée de son conseil, et l'intimé, non assisté, ont conclu la convention suivante, ratifiée séance tenante pour valoir ordonnance partielle de mesures protectrices de l'union conjugale :

- « I. Parties conviennent de vivre séparées pour une durée de deux ans, la séparation effective datant du 6 octobre 2012.
- II. La jouissance du domicile conjugal sis [...], à 1007 Lausanne, est attribuée à A.P._____, à charge pour lui d'en assumer le loyer et les charges.

B.P._____ récupérera au domicile conjugal ses effets personnels ainsi que divers meubles et objets (armoire, table basse, commode, valises, notamment) entreposés dans la cave et que son époux devra sortir le moment venu. Elle viendra chercher ce matériel au cours du week-end des 13/14 octobre 2012, à une heure qu'elle lui précisera.

- III. B.P._____ assumera l'entier des charges relatives à la maison dont les parties sont propriétaires au Portugal. Le sort de l'immeuble sera réglé ultérieurement.
- IV. Les parties demanderont une taxation séparée avec effet au 1^{er} janvier 2012. Elles conviennent que l'entier des acomptes payés pour 2012 soit attribué à A.P._____ ».

6. Par lettre du 24 octobre 2012, le conseil de l'intimé, Me Isabelle Jaques, a informé la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne que son client lui avait indiqué qu'un délai échéant au 31 courant lui avait été imparti pour consulter un avocat et se déterminer au sujet de la nouvelle prétention de la requérante relative au paiement d'une pension mensuelle de 1'200 francs. Me Jaques sollicitait dès lors la reprise de la cause et l'octroi d'un délai de trois semaines pour se déterminer sur la requête de mesures protectrices de l'union conjugale, offrir des preuves et requérir des mesures d'instruction.

Le 9 novembre 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a répondu à Me Jaques en ces termes :

« S'agissant des différentes affirmations que vous a faites votre client, je dois vous signaler qu'elles ne correspondent nullement à la réalité. Aucun délai ne lui a été imparti pour consulter (sic) avocat, ni pour se déterminer sur les prétentions de son épouse. Je lui ai uniquement conseillé de voir un avocat, s'il l'estimait nécessaire. L'instruction a été menée de manière complète et approfondie, sur la base des pièces produites par les parties comme cela est généralement le cas dans les dossiers de mesures protectrices de l'union conjugale. Chacun des époux a pu s'exprimer concernant la

question financière. Il n'est dès lors nullement question de reprendre l'instruction, une décision étant en cours de rédaction.

Il appartenait à votre client de consulter un avocat avant l'audience, celui-ci en ayant été informé deux semaines à l'avance. Le fait qu'il l'a fait tardivement ne peut justifier de reprendre l'instruction, qui est close.

Par conséquent, je vous informe que je rejette votre requête de reprise de cause, ainsi que votre requête en octroi d'un délai pour vous déterminer sur la requête. »

7. Selon une attestation du 10 décembre 2012, la Dresse X._____, de la consultation psychothérapeutique pour Migrants de l'Association Appartenances, à Lausanne, a certifié que B.P._____ était suivie depuis le 21 novembre 2012 pour une prise en charge psychothérapeutique.

8. Par lettre du 4 mars 2013, le SPOP a indiqué que B.P._____ avait quitté la Suisse le 7 novembre 2009 et était revenue le 21 décembre 2011.

9. Le 6 mars 2013, B.P._____ a exposé qu'elle n'était pas en mesure de produire les pièces requises, soit toute pièce justificative permettant d'établir ses revenus entre octobre 2009 et janvier 2012. En effet, durant cette période, elle avait essentiellement effectué des ménages pour sa famille en contrepartie de son hébergement par celle-ci au Portugal et ne possédait donc aucun justificatif relatif à une éventuelle rémunération. Elle a en outre indiqué que le seul compte bancaire qu'elle détenait à ce moment-là était un compte commun avec son époux auprès de Millenium bcp (Banco Comercial Português), dont les décomptes étaient probablement en mains de ce dernier.

10. La situation financière des parties est la suivante :

a) B.P._____ travaille depuis juin 2012 en qualité de dame de ménage auprès de la famille [...], à raison de neuf heures par semaine,

pour un salaire annuel brut de 10'800 fr., soit 10'000 fr. net par année ou 833 fr. net par mois. Elle travaille également pour l'entreprise [...] de 18 heures à 20 heures cinq jours par semaine et réalise un salaire mensuel brut d'environ 770 fr., soit 693 fr. 50 net treize fois l'an, ce qui correspond à un salaire mensuel net de 750 francs. Elle a également effectué un remplacement auprès de la fiduciaire [...] durant le mois d'août 2012, pour lequel elle a perçu la somme de 650 francs. Dès lors qu'il est probable qu'elle puisse à nouveau faire un remplacement de ce genre pendant les vacances d'un employé, il sera retenu un revenu moyen net de 66 fr. par mois. Les revenus de la requérante s'élèvent ainsi à un total arrondi net de 1'650 fr. par mois.

Ses charges mensuelles incompressibles se présentent comme suit :

	<u>Fr.</u>
- montant de base mensuel	1'200.00
- loyer hypothétique	1'000.00
- assurance-maladie, y.c. franchise	483.50
- frais de transport	<u>66.00</u>
Total	2'749.50

b) A.P. _____ travaille en tant que maçon auprès de la société [...]. Son salaire mensuel net est 3'698 fr., treizième salaire compris.

Ses charges mensuelles incompressibles sont les suivantes :

	<u>Fr.</u>
- montant de base mensuel	1'200.00
- loyer, charges comprises	750.00
- assurance-maladie, y.c. franchise	465.90
- frais de transport	<u>80.00</u>
Total	2'495.90

c) La requérante présente ainsi un manco de 1'099 fr. 50 (1'650 fr. - 2'749.50) et l'intimé un disponible de 1'202 fr. 10 (3'698 fr. - 2'495 fr. 90).

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) (Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 51 ss ad art. 273 CPC, pp. 1077 ss; ATF 137 III 475 c. 4.1). Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de

la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions patrimoniales qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC), l'appel est recevable.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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 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 (Jeandin, op. cit., n. 8 ad art. 317 CPC, p. 1266).

En l'espèce, les deux nouvelles pièces produites par l'appelant (cf. supra, let. C, ch. 6) sont recevables, dès lors qu'elles sont postérieures à l'audience du 11 octobre 2012 et qu'il ne pouvait s'en prévaloir devant le premier juge. En outre, compte tenu du grief invoqué selon lequel l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale su 19 novembre 2012 serait viciée faute pour l'appelant d'avoir pu bénéficier des services d'un mandataire professionnel en première instance (cf. infra,

c. 3), il a été fait droit aux réquisitions de production de pièces de l'appelant. Quant à l'intimée, le certificat du Dr H. _____ du 9 octobre 2012 évaluant sa capacité de travail doit être qualifié de pièce nouvelle. Elle est recevable, car destinée à répondre à des griefs soulevés par l'appelant pour la première fois en appel. L'attestation du 10 décembre 2012 de la Dresse X. _____ est également recevable puisque l'intimée ne l'a consultée qu'à partir du 21 novembre 2012. Quant à l'extrait du compte postal du 31 mai au 30 juin 2009, il est irrecevable dès lors que l'intimée aurait pu s'en prévaloir devant le premier juge.

3. a) L'appelant invoque la violation de son droit d'être entendu. Il soutient que, l'intimée ayant déposé sa requête de mesures protectrices de l'union conjugale sans avoir consulté un mandataire professionnel, il s'est rendu seul à l'audience du 11 octobre 2012. Or, son épouse était finalement assistée d'un conseil. L'appelant fait valoir que, durant l'audience, il s'est opposé aux conclusions de l'intimée et a sollicité un délai pour se déterminer, délai qu'il pensait avoir obtenu jusqu'au 31 octobre 2012. Il précise qu'il maîtrise mal la langue française et que le premier juge admet lui avoir conseillé de consulter un avocat.

b) La personne qui dispose de la capacité d'ester en justice peut procéder personnellement - cela découle de la capacité de revendiquer en justice en vertu de laquelle tout plaideur peut accomplir lui-même les actes nécessaires à la conduite de son procès sans avoir l'obligation de passer par l'entremise d'un représentant dûment autorisé - ou par l'intermédiaire d'un mandataire choisi par ses soins (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 67 CPC p. 217). La capacité de procéder se définit comme « l'aptitude à défendre de manière autonome ses droits devant le tribunal, à présenter des conclusions et à prendre position par écrit ou oralement ». Quant à l'incapacité de procéder, elle peut être le fait d'une partie ne disposant pas des connaissances procédurales suffisantes pour mener son procès ou qui se trouve durablement empêchée d'agir personnellement pour raison de santé ou d'absence. Le tribunal appréciera ces éléments en vertu des circonstances du cas concret : ainsi, la complexité de l'affaire, ses éventuels aspects techniques ou scientifiques, l'illettrisme, l'ampleur

de la procédure ou l'importance des enjeux (Jeandin, op. cit., nn. 3-4 ad art. 69 CPC p. 227). Si une partie est manifestement incapable de procéder elle-même, le tribunal peut l'inviter à commettre un représentant (art. 69 CPC). Pour le cas où la maxime inquisitoire s'applique (art. 55 al. 2 CPC), il s'agira de déterminer si l'établissement des faits et l'administration des preuves d'office suffit à remédier à une situation susceptible de mettre en péril les droits du plaideur (ibidem).

Ainsi, comme dans le cadre de la désignation d'un conseil d'office, pour déterminer si l'intervention d'un mandataire professionnel est nécessaire, le juge doit tenir compte d'éléments objectifs, notamment l'enjeu et la complexité de la cause ou les règles de procédure applicables. Lorsque la cause est soumise à la maxime inquisitoire, il doit admettre que le justiciable peut agir plus aisément seul (ATF 125 V 32 c. 4b), sans toutefois que la commission d'un avocat soit exclue (ATF 130 I 180 c. 3.2, JT 2004 I 431), en particulier si la procédure est susceptible de porter une grave atteinte à la situation juridique du requérant. Il doit également tenir compte d'éléments subjectifs, notamment les aptitudes personnelles du requérant ou sa familiarité avec la pratique judiciaire (ATF 128 I 225 c. 2.5.2, JT 2006 IV 47) et, lorsque la partie adverse est représentée, le principe de l'égalité des armes doit être particulièrement pris en considération et justifie d'admettre plus facilement la commission d'un conseil d'office (CACI du 25 juin 2012/140).

c) Selon les art. 30 al. 1 Cst. (Constitution fédérale du 18 avril 1999; RS 101) et 6 par. 1 CEDH (Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; RS 0.101), qui ont à cet égard la même portée, toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial, à l'abri d'influences étrangères à l'affaire. La jurisprudence a déduit de ces dispositions la garantie du procès équitable. Le principe de l'égalité des armes en est une composante et trouve aussi application dans le procès civil pour lequel il signifie notamment que chaque partie doit se voir offrir une possibilité adéquate de présenter son cas et de fournir des preuves pertinentes dans des conditions qui

n'entraînent pas de désavantages importants face à la partie adverse (ATF 133 I 1 c. 5.2 et 5.3.1, JT 2008 I 239 et références). Il y a violation du principe d'égalité des armes non seulement si une des parties a concrètement usé d'un avantage, mais aussi si elle a été en mesure d'en bénéficier (Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2^e éd., 1999, p. 307).

Sous l'empire du nouveau CPC, l'art. 118 al. 1 let. c impose, d'une manière qui pourrait désormais aller plus loin que ce que la jurisprudence avait néanmoins déjà admis, le respect du principe de l'égalité des armes : il faudra d'autant plus facilement admettre la commission d'un conseil d'office que la partie adverse aura elle-même mandaté un représentant professionnel. Pour Tappy, il n'y a cependant pas de droit absolu au respect de l'égalité des armes et un conseil d'office pourrait être refusé à un requérant malgré l'intervention d'un tel conseil aux côtés de l'autre partie, notamment dans des cas d'importance minime ou si l'intéressé dispose d'une expérience judiciaire qui fait défaut à son adversaire (Tappy, op. cit., n. 17 ad art. 118 CPC, p. 480).

Cependant, le juge évaluant la capacité de procéder et la nécessité d'une injonction au sens de l'art. 69 CPC devra appliquer cette disposition de manière restrictive dès lors que l'absence d'obligation de procéder par l'entremise d'un avocat est un principe bien établi en Suisse (Jeandin, op. cit. n. 5 ad art. 69 CPC p. 228). Il en découle que les conditions de désignation d'un conseil d'office peuvent être réalisées sans qu'il y ait nécessité de procéder à l'injonction de l'art. 69 CPC pour le cas où le plaideur ne requiert pas l'assistance judiciaire.

d) En l'espèce, les parties sont opposées dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale. Il s'agit d'une procédure sommaire par laquelle le juge règle la vie séparée des parties et qui est dépourvue de tout formalisme. Les intérêts de celui qui requiert de telles mesures ne justifient dès lors pas nécessairement que les parties recourent aux services d'un professionnel. Dans le cas présent, la procédure n'est ni volumineuse, ni complexe dans les faits. Le couple n'a

pas eu d'enfant, elles se sont accordées sur le principe d'une vie séparée et de l'attribution du logement conjugal à l'appelant, ce qui n'est pas remis en cause par celui-ci. La seule question encore litigieuse est celle de la contribution d'entretien. A cet égard, l'appelant explique que son épouse a agi seule en déposant sa requête et qu'il s'est retrouvé par surprise en face d'un avocat à l'audience du 11 octobre 2012. Il ne ressort pas du procès-verbal d'audience que l'appelant a souhaité s'adjoindre les conseils d'un mandataire professionnel, ce qui est corroboré par les déclarations de la Présidente dans son courrier du 9 novembre 2012 qui précise qu'aucun délai ne lui a été accordé à cette fin. Il convient de se demander si l'appelant s'est trouvé dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire et s'il a vraisemblablement éprouvé des difficultés à répliquer aux arguments soulevés par l'intimée. Dans le cas particulier, le premier juge a pu établir le détail des charges et revenus des parties de manière assez précise, mentionnant notamment trois sources de revenu pour l'intimée. En vertu de la maxime inquisitoire propre aux mesures protectrices de l'union conjugale, l'appelant ne s'est ainsi pas trouvé en situation de net désavantage par rapport à son épouse. En outre, au vu des principes exposés ci-dessus, ce n'est pas parce que l'appelant s'est vu désigner un conseil d'office postérieurement à l'audience de première instance qu'il aurait nécessairement dû en bénéficier au préalable. Enfin, son avocate ne conteste pas les charges et revenus effectifs des parties mais reproche au premier juge de ne pas avoir imputé un revenu hypothétique à l'intimée (cf. infra, c. 4), ce que la juge déléguée de la Cour de céans peut examiner avec un plein pouvoir d'examen réparant ainsi, pour autant que nécessaire, le vice allégué.

Le moyen est dès lors mal fondé.

4. a) L'appelant allègue que son épouse est en mesure de travailler à 100 % et de réaliser ainsi un revenu net d'environ 3'300 fr. et qu'elle a été à même de subvenir à ses besoins d'octobre 2009 à janvier 2012 au Portugal.

b) Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien du droit de la famille – et notamment la contribution pécuniaire à verser par l'un des conjoints à l'autre dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale (cf. art. 176 al. 1 ch. 1 et 163 al. 1 CC; TF 5A_914/2010 du 10 mars 2011) – 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 de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui (TF 5A_736/2008 du 30 mars 2009 c. 4; ATF 128 III 4 c. 4, JT 2002 I 294 c. 4 et les références 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 c. 4a; TF 5C.40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1 partiellement publié aux 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; TF 5A_724/2009 du 26 avril 2010 c. 5.2 et les références citées). Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du débiteur une augmentation 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 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 références citées).

Après le dépôt d'une demande de divorce, une reprise de la vie commune n'est guère plus envisageable et l'objectif pour le conjoint de reprendre ou d'étendre son activité lucrative et d'assurer ainsi son indépendance financière apparaît déjà important dans le cadre des mesures provisoires (ATF 130 III 537 c. 3.2). Dans ces conditions, un conjoint peut se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement de son travail, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de lui. Lorsque la possibilité

réelle d'obtenir un revenu supérieur n'existe pas, il faut en faire abstraction. Peu importe, en principe, la raison pour laquelle un époux renonce au revenu supérieur pris en considération : s'il s'abstient par mauvaise volonté ou par négligence ou s'il renonce intentionnellement à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille, le juge peut tabler sur le revenu que cet époux pourrait réaliser en faisant preuve de bonne volonté (ATF 128 II 4 c. 4; ATF 127 III 136 c. 2a in fine). Le droit à l'entretien reste toutefois fondé sur les art. 163 ss CC (ATF 130 III 537 c. 3.2; Gloor, Basler Kommentar, 3^e éd., n. 10 ad art. 137 CC).

Les principes relatifs au revenu hypothétique valent tant pour le débiteur que pour le créancier d'entretien; un revenu hypothétique peut en effet aussi être imputé au créancier d'entretien (TF 5A_838/2009 du 6 mai 2010, in FamPra.ch 2010 no 45 p. 669; TF 5P. 63/2006 du 3 mai 2006 c. 3.2).

c) En l'espèce, l'intimée cumule les sources de revenus, travaillant en qualité de dame de ménage auprès d'une famille à raison de neuf heures par semaine, pour une entreprise de nettoyage chaque jour entre 18 heures et 20 heures et effectuant des remplacements occasionnels dans une fiduciaire. Elle travaille ainsi plus de 19 heures par semaine. Or, il ressort du certificat médical du 9 octobre 2012 du Dr H._____ que l'intimée eu un accident vasculaire cérébral et souffre d'hypertension artérielle, de diabète de type 2 et d'hypercholestérolémie. Le praticien a précisé qu'informé de l'état de santé de son épouse, l'appelant avait mis en doute les diagnostics posés et la souffrance de l'intéressée. Dans un second certificat médical, le médecin indique qu'au vu de l'état de santé psychique de sa patiente, une capacité de travail supérieure à 50 % ne saurait être envisagée. La Dresse X._____ indique aussi que l'intimée est suivie pour une prise en charge psychothérapeutique depuis le 21 novembre 2012. Il ressort en outre du dossier que l'intimée a dû faire appel au Centre d'accueil de Malley Prairie pour un traitement ambulatoire. Dans ces circonstances et compte tenu de la récente séparation des parties, on ne saurait exiger de l'intimée

qu'elle obtienne un revenu supérieur immédiatement et lui imputer, à ce stade déjà, un revenu hypothétique.

Au vu de ce qui précède, l'appelant, qui n'a pas subvenu aux besoins de son épouse, laquelle a dû aller chercher refuge auprès de tiers à son retour de vacances du Portugal début octobre 2012, ne saurait se prévaloir du fait qu'elle peut travailler à un taux d'activité supérieur à 50 %.

Le moyen est mal fondé.

5. Il s'ensuit que l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée.

Selon l'art. 117 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès. S'agissant de la deuxième condition, il ne faut pas rendre impossible de porter en deuxième instance une cause que le requérant souhaite légitimement faire réexaminer (Tappy, op. cit., n. 34 ad. art 117 CPC, p. 475 et réf. citée). En l'espèce, vu la situation financière de l'intimée telle qu'elle résulte de l'ordonnance entreprise, il y a lieu d'admettre sa requête d'assistance judiciaire. Me Jean-Christophe Oberson est désigné conseil d'office dans la procédure d'appel avec effet au 6 mars 2013.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), ne sont pas mis à la charge de l'appelant, bien que celui-ci succombe (art. 106 al. 1 CPC), mais laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC). L'avance de frais de 600 fr. que l'appelant a fournie lui sera restituée (art. 122 al. 1 let. c CPC).

Les 6,2 heures de travail annoncées par Me Isabelle Jaques, conseil d'office de l'appelant, sont admises. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire

en matière civile; RSV 211.02.3]), l'indemnité d'honoraires due doit être arrêtée à 1'116 fr., plus TVA (taux 8 %) de 89 fr. 30, soit 1'205 fr. 30, et celle des débours à 50 fr., TVA comprise, ce qui fait un total de 1'255 fr. 30.

Me Jean-Christophe Oberson, conseil d'office de l'intimée, a annoncé 15 h 25 de travail, mais il ne sera tenu compte que des 5 h 30 qui concernent la procédure d'appel. Au tarif horaire de 110 fr. pour le travail de l'avocat-stagiaire, Me Alban Matthey (art. 2 al. 1 let. b RAJ), l'indemnité d'honoraires due doit être arrêtée à 605 fr., plus TVA de 48 fr.40, soit 653 fr. 40, et celle des débours à 50 fr., TVA comprise, ce qui fait un total de 703 fr. 40.

Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

L'appelant doit verser à l'intimée, qui obtient gain de cause, la somme de 1'200 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 122 al. 1 let. d CPC; art. 2 al. 1, 3 et 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]).

Par ces motifs,
la juge déléguée 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 rejeté.
- II. Le prononcé est confirmé.
- III. La requête d'assistance judiciaire de l'intimée est admise, Me Jean-Christophe Oberson étant désigné conseil d'office avec effet au 6 mars 2013 dans la procédure d'appel.

- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** L'indemnité d'office de Me Isabelle Jaques, conseil de l'appelant, est arrêtée à 1'255 fr. 30 (mille deux cent cinquante-cinq francs et trente centimes), TVA et débours compris, et celle de Me Jean-Christophe Oberson, conseil de l'intimée, à 703 fr. 40 (sept cent trois francs et quarante centimes), TVA et débours compris.
- VI.** Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VII.** L'appelant A.P._____ doit verser à l'intimée B.P._____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs), à titre de dépens de deuxième instance.
- VII.** L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du 15 mars 2013

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

La greffière :

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 Isabelle Jaques (pour A.P. _____)
- Me Jean-Christophe Oberson (pour B.P. _____)

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

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne

La greffière :