

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 17 août 2017

Composition : M. ABRECHT, président
M. Krieger et Mme Merkli, juges
Greffière : Mme Schwab Eggs

Art. 286 al. 1 et 2 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **A.U.**_____, à Clarens, demandeur, contre le jugement rendu le 17 février 2017 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **W.**_____, à La Tour-de-Peilz, intimée, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 17 février 2017, adressé pour notification aux parties le même jour, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : la présidente) a déclaré irrecevable la demande déposée le 16 novembre 2015 par A.U. _____ à l'encontre de W. _____ (I), a arrêté les frais, laissés provisoirement à la charge de l'Etat, ainsi que l'indemnité du conseil d'office de chaque partie (II à IV), a relevé Me Kramer de sa mission de conseil d'office (V), a condamné A.U. _____ à payer à W. _____ la somme de 5'959 fr. 55 à titre de dépens, l'Etat étant subrogé aux droits de la bénéficiaire (VI), a fixé les clauses de l'article 123 CPC (VII et VIII), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IX) et a rayé la cause du rôle (X).

En droit, le premier juge a considéré qu'aucun des faits nouveaux soulevés par le demandeur ne justifiait la modification de la contribution d'entretien due à chacun de ses enfants. Premièrement, une séparation étant prévisible, celle des parties n'était pas un fait nouveau. Deuxièmement, le magistrat a considéré, s'agissant de la situation financière du demandeur, que celui-ci était déjà indépendant depuis trois mois lors de la séance de justice de paix au cours de laquelle il avait déclaré percevoir un revenu mensuel net de 4'567 fr. 25 sans objecter son changement de statut ni une modification de revenus, que son revenu mensuel net pour 2015 pouvait être estimé - sur la base des comptes provisoires - à 4'343 fr. 25, que les comptes des années précédentes ne correspondaient pas aux revenus déclarés aux impôts, qu'il convenait en définitive de s'en tenir aux revenus mensuels nets déclarés à l'Administration fiscale en 2013 et 2014, soit respectivement 4'698 fr. 40 et 4'785 fr. 15. En définitive, le premier juge a considéré que le revenu retenu dans la convention passée devant la justice de paix était similaire à celui réalisé en 2013, 2014 et 2015, de sorte que la situation du demandeur ne s'était nullement péjorée depuis lors.

B. Par appel motivé déposé le 23 mars 2017, A.U. _____ a conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à la réforme du

jugement en ce sens que le chiffre IV de la convention conclue le 4 novembre 2011 entre les parties et approuvée par la Justice de paix du district de la Riviera-Pays-d'Enhaut soit modifiée en ce sens que A.U._____ contribue aux frais d'entretien et d'éducation de chacun de ses enfants B.U._____ et C.U._____ par le versement d'une pension mensuelle, payable d'avance, et allocations familiales non comprises, de 300 fr. jusqu'à 6 ans, 400 fr., jusqu'à 12 ans et 500 fr. jusqu'à la majorité, les dépens étant mis à la charge de W._____. Il a conclu subsidiairement à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants. A l'appui de son appel, A.U._____ a produit un onglet de cinq pièces (pièces 16 à 20), sous bordereau.

L'appelant a requis l'assistance judiciaire. Par avis du 29 mars 2017, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a réservé la décision sur l'assistance judiciaire définitive, l'appelant étant dispensé de l'avance de frais.

Par courrier du 26 avril 2017, l'appelant a encore produit la pièce 21, soit le compte de pertes et profits provisoire pour l'année 2016.

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

1. A.U._____, né le [...] 1974, et W._____, née le [...] 1970, sont les parents non mariés d'B.U._____ et C.U._____, nés respectivement les [...] 1999 et [...] 2010. A.U._____ a reconnu ses deux enfants devant l'officier de l'Etat civil de Vevey.

W._____ est également mère d'une autre enfant issue d'une précédente union, [...], née le [...] 1994.

2. Les parties ont signé une convention le 4 novembre 2011, approuvée par la Justice de paix du district de la Riviera-Pays-d'Enhaut (ci-

après : la justice de paix) le 3 septembre 2012. La convention prévoit l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur B.U._____ et C.U._____ (I), ainsi que les modalités d'exercice des droits et obligations parentaux en cas de séparation, soit l'attribution de la garde des enfants à la mère, l'attribution d'un droit de visite libre et large ou, à défaut d'entente, usuel au père sur ses enfants (III) et le versement d'une pension mensuelle par le père en faveur de chacun de ses enfants d'un montant de 650 fr. jusqu'à l'âge de 6 ans, puis 700 fr. jusqu'à l'âge de 12 ans, puis de 750 fr. jusqu'à la majorité ou l'indépendance économique aux conditions de l'art. 277 al. 2 CC (IV). Le préambule de la convention précise les revenus mensuels nets réalisés par les parents, soit 4'575 fr. 25 par A.U._____ et 3'800 fr. par W._____, allocations familiales non comprises, part au treizième salaire ou à la gratification annuelle incluse.

A l'occasion de la séance ordinaire du 3 septembre 2012 de la justice de paix, A.U._____ a confirmé que son salaire mensuel net s'élevait à 4'575 fr., douze fois l'an.

3. Les parties ont fait ménage commun jusqu'à leur séparation le 1^{er} juillet 2015.

4. A.U._____ a ouvert action par requête de conciliation du 16 novembre 2015. La conciliation n'a pas abouti et une autorisation de procéder a été délivrée le 22 décembre 2015.

5. A.U._____ a déposé le 16 novembre 2015 une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles concluant à la modification du chiffre IV de la convention du 4 novembre 2011 en ce sens qu'il contribue à l'entretien de chacun de ses enfants, allocations familiales en sus, par le versement d'un montant mensuel de 150 fr. jusqu'à l'âge de 6 ans, puis de 200 fr. jusqu'à l'âge de 12 ans, puis de 250 fr. jusqu'à la majorité.

La requête d'extrême urgence a été rejetée le 17 novembre 2015.

A l'audience de mesures provisionnelles du 21 décembre 2015, les parties ont conclu une convention, ratifiée séance tenante par la présidente pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles. Elle prévoit que A.U._____ contribue à l'entretien de ses fils par le versement d'une contribution mensuelle de 550 fr. pour B.U._____ et de 450 fr. pour C.U._____, les allocations familiales étant perçues en sus par leur mère, dès et y compris le 1^{er} décembre 2015.

6. Par demande du 22 mars 2016, A.U._____ a conclu à la modification du chiffre IV de la convention du 4 novembre 2011 en ce sens qu'il contribue à l'entretien de chacun de ses enfants, allocations familiales en sus, par le versement d'un montant mensuel de 300 fr. jusqu'à l'âge de 6 ans révolus, puis de 400 fr. jusqu'à l'âge de 12 ans révolus, enfin de 500 fr. jusqu'à la majorité.

Par réponse du 25 mai 2016, W._____ a conclu au rejet de la demande et subsidiairement à ce que la contribution d'entretien soit fixée selon précisions à fournir en cours d'instance.

A.U._____ s'est déterminé le 15 août 2016.

7. L'audience de jugement a eu lieu le 5 septembre 2016 en présence des parties, assistées de leurs conseils respectifs. L'instruction a été close à cette occasion.

8. A.U._____ possède une formation de l'Ecole Hôtelière de Lausanne et bénéficie d'une patente. Alors qu'il était auparavant salarié, il est devenu indépendant en qualité de restaurateur dès le 1^{er} juin 2012 ; depuis lors, il exploite la société [...].

Le résultat d'exploitation de la société pour l'année 2013 s'est élevé à 30'461 fr. 30, après déduction de prélèvements privés en espèces, par 16'543 fr. 10. Le capital propre était alors de 1'144 fr. 10. Pour cette

année-là, la décision de taxation fait état d'un revenu provenant de l'activité indépendante de 56'381 francs.

Le résultat d'exploitation de 2014 était de 53'174 fr. 31, les prélèvements privés en espèces s'élevant à 13'079 fr. 29. Le capital propre a été augmenté à 15'062 fr. 30. Pour cette année-là, A.U. _____ a déclaré à l'administration fiscale que son revenu était de 57'422 francs.

Selon le bilan provisoire de l'année 2015, le résultat de l'exercice était de 52'119 fr. 16, après déduction de prélèvements privés estimés à 87'920 fr. 72, et le capital propre de la société était alors de 55'157 fr. 32. Selon les comptes définitifs pour l'année 2015 datés du 28 septembre 2016, le résultat de l'exercice était de 46'290 fr., pour des prélèvements privés par 75'141 fr. 56. A la lecture des comptes définitifs, on peut notamment constater qu'entre l'exercice 2014 et celui de 2015, l'AVS personnelle de l'exploitant a augmenté de 6'206 fr. 10 à 8'251 fr. 80, que l'entretien du véhicule et la part privée afférentes ont également connu une nette hausse, tandis que les frais de représentation ont quasiment triplé entre les deux exercices.

Les comptes provisoires de l'année 2016 font état d'un résultat de 30'420 fr. 55, alors que les prélèvements privés se sont montés à 54'054 fr. 49. La fortune commerciale n'était alors plus que de 26'305 fr. 76.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]).

1.2 En l'espèce, il s'agit d'une action alimentaire qui relève de la procédure simplifiée (art. 295 CPC) ; l'appel a été formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC) par une partie qui y a un intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC).

Le litige portant sur des conclusions relatives à des contributions d'entretien en faveur d'enfants mineurs capitalisées selon la teneur de l'art. 92 al. 1 CPC, la valeur litigieuse de la cause est supérieure à 10'000 francs.

L'appel est recevable.

2.

2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 134). Cela étant, dès lors que, selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé – la motivation consistant à indiquer sur quels points et en quoi la décision attaquée violerait le droit et/ou sur quels points et en quoi les faits auraient été constatés de manière inexacte ou incomplète par le premier juge –, la cour de céans n'est pas tenue d'examiner, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent si elles ne sont pas remises en cause devant elle, ni de vérifier que tout l'état de fait retenu par le premier juge est exact et complet, si seuls certains points de fait sont contestés devant elle (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 3 ad art. 311 CPC et la jurisprudence constante de la CACI, notamment CACI 1^{er} février 2012/57 consid. 2a).

2.2

2.2.1 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 les faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JdT 2011 III 43 et les réf. cit.). Le plaideur qui entend invoquer des pseudo nova – soit des faits ou moyens de preuve nouveaux qui existaient déjà lors de l'audience de débats principaux – devant l'instance d'appel doit démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (TF 5A_445/2014 du 28 août 2014 consid. 2.1 ; TF 5A 739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2 ; TF 4A_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1).

L'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux, y compris lorsque, comme en l'espèce, la maxime inquisitoire est applicable et que l'art. 229 al. 3 CPC ne s'applique qu'à la procédure de première instance. Le Tribunal fédéral relève à cet égard que l'existence d'une procédure simplifiée implique logiquement qu'elle doit être plus rapide et plus expédiente. Il serait paradoxal qu'elle soit en réalité plus difficile parce que le plaideur négligent pourrait faire rebondir la cause en appel en invoquant pour la première fois des faits ou moyens de preuve qu'il a omis de présenter en première instance (ATF 138 III 625 consid. 2.2, RSPC 2013 p. 32, note Bohnet ; TF 4A_397/2013 du 11 février 2014 consid. 4.5.2, SJ 2014 I 413). L'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC dans une procédure soumise à la maxime inquisitoire ne saurait en soi être qualifiée de manifestement insoutenable, l'arbitraire ne résultant pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire préférable, même concernant les contributions envers des enfants mineurs (TF 5A_342/2013 du 27 septembre 2013 consid. 4.1.2 ; TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014 consid. 4.2, RSPC 2014 p. 456, qui souligne que la question de

principe n'a pas encore été tranchée ; TF 5A_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 3.2.2).

Une partie ne peut fonder son droit à produire des faits ou moyens de preuve en procédure d'appel en faisant valoir que ce n'est qu'en prenant connaissance du jugement de première instance qu'elle a saisi quels faits et preuves étaient déterminants pour la cause (TF 4D_45/2014 du 5 décembre 2014 consid. 2.3.3, RSPC 2015 p. 246).

2.2.2 En l'espèce, l'appelant a produit plusieurs pièces comptables dans le cadre de la procédure d'appel.

Comme cela a été exposé, il ne saurait être tenu compte de pièces qui pouvaient être produites en première instance déjà. Ainsi en va-t-il de la déclaration d'impôt 2013 et de la décision de taxation 2013 rectifiée (pièces 16 et 17), puisque cette dernière, datée du 17 novembre 2015, aurait pu être produite devant le premier juge à l'appui des arguments discutés en appel. Il en va d'ailleurs de même de la décision de taxation 2014 (pièce 18), communiquée le 22 juin 2016, soit bien avant la clôture de l'instruction de première instance le 5 septembre 2016.

En revanche, les pièces 19 et 20 - soit le bilan et le compte de pertes et profits définitifs pour l'année 2015 et la déclaration d'impôt 2015 -, sont recevables en appel, ces pièces ayant été établies postérieurement à la clôture de l'instruction de première instance. Il en va de même de la pièce 21 - soit le bilan et le compte de pertes et profits provisoires pour l'année 2016 - produite le 26 avril 2017, la cause n'ayant pas encore été gardée à juger.

3.

3.1 L'appelant soutient qu'il existerait des faits nouveaux, tant liés à la séparation des parents qu'à la prise d'une activité indépendante.

3.2 L'instruction de la cause a été menée en 2015 et 2016, et l'audience de jugement s'est tenue le 5 septembre 2016. Toutefois, comme cela ressort du jugement lui-même, celui-ci a été rendu le 17 février 2017.

Le 1^{er} janvier 2017 est entré en vigueur le nouveau droit de l'entretien de l'enfant, selon modification du 20 mars 2015 (RO 2015 pp. 4299 ss), dont l'art. 13cbis al. 1 du Titre final CC prévoit que les procédures en cours à l'entrée en vigueur de la modification du 20 mars 2015 sont soumises au nouveau droit.

Il ne résulte toutefois nulle part de la décision attaquée que le nouveau droit a été examiné. La décision est viciée sur ce point, faute d'avoir été rendue encore en 2016.

Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel civile applique le nouveau droit également en appel et examinera, pour autant que de besoin, la cause sous l'angle du nouveau droit.

3.3

3.3.1 Selon l'art. 276 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), l'entretien est assuré par les soins, l'éducation et des prestations pécuniaires. L'art. 276 al. 2 CC prescrit que les père et mère contribuent ensemble, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de l'enfant et assument en particulier les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger. Selon l'art. 276a al. 1 CC, l'obligation d'entretien envers un enfant mineur prime les autres obligations d'entretien du droit de la famille.

L'art. 285 al. 1 CC dispose que la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère ; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant. L'art. 285 al. 2 CC précise que la contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers.

3.3.2 L'art. 286 al. 1 CC prévoit que la contribution d'entretien peut être augmentée ou réduite dès que des changements déterminés interviennent dans les besoins de l'enfant, les ressources des père et mère ou le coût de la vie.

Selon l'art. 286 al. 2 CC, applicable par le renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, si la situation change notablement, le père, la mère ou l'enfant peuvent demander au juge de modifier ou supprimer la contribution d'entretien. Cette modification ou suppression n'est possible que si les circonstances ayant prévalu à la fixation originale de la contribution ont subi un changement notable et, en principe, durable ; elle doit a fortiori n'être envisagée que dans la perspective du bien de l'enfant (TF 5A_324/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.1 ; ATF 120 II 177 consid. 3a). Le fait revêt un caractère nouveau lorsqu'il n'a pas été pris en considération pour fixer la contribution d'entretien dans le jugement ; il n'est en revanche pas besoin d'examiner si les faits nouveaux invoqués pour la justifier étaient ou non prévisibles au jour du premier jugement (ATF 137 III 604 consid. 3.1 ; ATF 131 III 189 consid. 2.7.4). On présume néanmoins que la contribution d'entretien a été fixée en tenant compte des modifications prévisibles, soit celles qui, bien que futures, sont déjà certaines ou fort probables (TF 5A_562/2011 du 21 février 2012 consid. 4.2, rés. in RMA 2012 p. 300 ; TF 5A_56/2015 du 10 septembre 2015 consid. 3.1).

La procédure de modification ne doit pas viser à réexaminer ou corriger le jugement, mais à l'adapter aux circonstances nouvelles survenues chez les parents ou chez l'enfant (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 ; ATF 131 III 189 consid. 2.7.4 ; ATF 120 II 177 consid. 3a). Ainsi, le juge de la modification est lié par les constatations de fait sur lesquelles s'est fondé le juge du divorce, ou de la séparation, notamment quant aux revenus respectifs des parties au moment du divorce si les parents étaient mariés (TF 5A_685/2007 du 26 février 2008 consid. 2.2 ; ATF 137 III 604 consid. 4.1.1). Pour déterminer si la situation a notablement changé, au point qu'une autre décision s'impose, il faut examiner dans quelle mesure

les capacités financières et les besoins respectifs des parties ont évolué depuis le divorce, pour les époux mariés (TF 5A_324/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.1 ; ATF 131 III 189 consid. 2.7.4). La proportion entre les pensions et les revenus du débirentier telle qu'arrêtée dans la convention réglant la séparation doit en principe être respectée en cas de modification du jugement de divorce, voire d'une convention en cas de parents non mariés (ATF 108 II 30 consid. 8, JdT 1984 I 255).

Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 120 II 285 consid. 4b ; ATF 137 III 604 consid. 4.1.1.). La survenance d'un fait nouveau - important et durable - n'entraîne toutefois pas automatiquement une modification de la contribution d'entretien. Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement précédent, en particulier si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débirentier qui aurait une condition modeste, qu'une modification de la contribution peut entrer en considération (ATF 134 III 337 consid. 2.2.2). Le juge ne peut donc pas se limiter à constater une modification dans la situation d'un des parents pour admettre la demande ; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour juger de la nécessité de modifier la contribution d'entretien dans le cas concret (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 ; TF 5A_562/2011 du 21 février 2012 consid. 4.3, rés. in RMA 2012 p. 300).

Une modification de la situation familiale peut répondre aux conditions posées par l'art. 286 al. 2 CC, par exemple la naissance de demi-frères ou de demi-soeurs, dont le débiteur doit aussi assumer l'entretien (Meier/Stettler, Droit de la filiation, 5^e éd. 2014, n. 2588 p. 737). Ainsi, la naissance de deux enfants constitue un fait nouveau qui, sauf situation financière favorable, entraîne un déséquilibre entre les parents (ATF 137 III 604 consid. 4.2.).

Lorsqu'il admet que les conditions susmentionnées sont remplies, le juge doit alors fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans

le jugement précédent (ATF 137 III 604 consid. 4.1.2). Pour que le juge puisse procéder à cette actualisation, il n'est pas nécessaire que la modification survenue dans ces autres éléments constitue également un fait nouveau (TF 5A_477/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.1).

Dans le cadre de cette nouvelle fixation, même les paramètres restés inchangés doivent être fixés à nouveau, dans la mesure où cela paraît opportun. Ainsi, celui dont le salaire a diminué peut être tenu de prendre un logement meilleur marché. De même, la partie ne peut se prévaloir du principe selon lequel l'action en modification ne vise pas à corriger le jugement initial pour s'opposer, dans le cadre de la nouvelle fixation, à la réévaluation de paramètres inchangés qui avaient été fausement constatés dans le jugement initial (TF 5A_506/2011 du 4 janvier 2012 consid. 5.3. et 6.2, in FamPra.ch. 2012 p. 486).

3.3.3 Le revenu d'un indépendant est constitué par son bénéfice net, à savoir par la différence entre les produits et les charges. En cas de revenus fluctuants, pour obtenir un résultat fiable, il convient de tenir compte, en général, du bénéfice net moyen réalisé durant plusieurs années (TF 5A_246/2009 du 22 mars 2010 consid. 3.1, in FamPra.ch 2010 p. 678 et les réf. citées). A cet égard, la jurisprudence préconise de prendre en considération comme revenu effectif le bénéfice net moyen du compte d'exploitation des trois ou quatre dernières années (TF 5A_246/2009 déjà cité ; TF 5P_342/2001 du 20 décembre 2001 consid. 3a). Plus les fluctuations de revenus sont importantes et les données fournies par l'intéressé sont incertaines, plus la période de comparaison doit être longue (TF 5A_246/2009 précité consid. 3.1 et la référence ; TF 5A_259/2012 du 14 novembre 2012 consid. 4.1, SJ 2013 I 451 ; TF 5A_396/2013 du 26 février 2014 consid. 3.2.1).

Dans certaines circonstances, il peut être fait abstraction des bilans présentant des situations comptables exceptionnelles, à savoir des bilans attestant de résultats particulièrement bons ou spécialement mauvais. Par ailleurs, lorsque les revenus diminuent ou augmentent de manière constante, le gain de l'année précédente est considéré comme le

revenu décisif (TF 5D_167/2008 13 janvier 2009 consid. 2, in FamPra.ch 2009 p. 464 ; TF 5A_687/2011 du 17 avril 2012 consid. 5.1.1 ; TF 5A_973/2013 du 9 mai 2014 consid. 5.2.3 ; TF 5A_544/2014 du 17 septembre 2014 consid. 4.1 ; TF 5A_384/2014 du 15 décembre 2014 consid. 2.1 ; TF 5A_874/2014 du 8 mai 2015 consid. 5.2.1, in FamPra.ch. 2015 p. 760), lorsque le juge peut retenir qu'il s'agit là d'une baisse ou augmentation de revenus continue et irrémédiable, qui l'empêche de se fonder sur une moyenne (TF 5A_564/2014 du 1^{er} octobre 2014 consid. 3.2).

3.4

3.4.1 En l'espèce, l'appelant conteste l'affirmation du premier juge selon laquelle la séparation des parties ne pourrait être invoquée comme fait nouveau, car prévisible. Pour l'appelant, l'absence de prévisibilité d'une séparation est au contraire un fait notoire. Or, il ne pouvait pas savoir trois ans avant la séparation des parties que la vie commune allait se terminer et comment son revenu allait en être modifié.

Sur ce point, la problématique n'est pas de savoir si une séparation est prévisible ou non, s'il s'agit d'un fait notoire ou non, puisque la convention signée par les parties le 4 novembre 2011 et ratifiée par la justice de paix le 3 septembre 2012 prévoyait expressément le montant des contributions dues pour l'entretien des deux enfants du couple en cas de dissolution du ménage commun. Le but de cette convention était précisément de prévoir d'ores et déjà les contributions d'entretien, en application du droit de l'entretien de l'enfant. La séparation des parties ne saurait ainsi être considérée comme un fait nouveau, puisqu'elle avait déjà été anticipée et réglée dans la convention précitée.

L'argument tiré de la séparation ne justifie donc pas de revoir les contributions d'entretien.

3.4.2 L'appelant soutient également qu'il aurait subi une baisse de ses revenus. Il explique qu'il est indépendant depuis le 1^{er} juin 2012.

La convention qui fixait son revenu à 4'575 fr. 25 net, allocations familiales non comprises, part au treizième salaire ou à la gratification annuelle incluse, tenait déjà compte du statut d'indépendant de l'appelant dans la mesure où elle a été ratifiée le 3 septembre 2012 en présence des parties, l'appelant ayant alors confirmé le montant du revenu indiqué.

L'appelant critique les éléments retenus par le premier juge afin d'établir son revenu. Se fondant sur les pièces 16 et 17, l'appelant indique que, pour l'année 2013, le montant retenu dans la décision de taxation, par 56'381 fr., aurait été rectifié à la suite d'une réclamation et que c'est le montant corrigé qui devrait être retenu. L'appelant n'a toutefois pas produit ces pièces en première instance, alors qu'il le pouvait, et n'explique pas, le cas échéant, pour quel motif il n'aurait pas pu le faire. Conformément à la jurisprudence citée plus haut (consid. 2), il n'en sera pas tenu compte. Il en va de même de la décision de taxation 2014 (pièce 18), pour les mêmes motifs.

L'appelant se réfère ensuite au compte définitif de pertes et profits pour l'année 2015, qui retient un résultat de 46'290 fr. et non de 52'119 fr. 16, comme cela ressortait du compte provisoire produit en première instance. Cet élément nouveau peut effectivement être pris en compte. Toujours en lien avec les comptes 2015, l'appelant fait valoir que les prélèvements privés auraient finalement été fixés à 75'141 fr. 56 et non à 87'290 fr. 72 comme cela ressortait des comptes provisoires. L'importance des prélèvements privés s'expliquerait par son emménagement dans un nouvel appartement et l'achat de mobilier dus à la séparation. De toute manière, l'appelant soutient qu'il ne faudrait pas se fier aux prélèvements privés, pas plus qu'au capital propre, puisque ce dernier devrait permettre d'assumer la viabilité de l'établissement dont il est propriétaire.

Il convient dès lors d'adapter le revenu mensuel de 2015 au vu des nouveaux comptes, soit 46'290 fr. par an ou 3'857 fr. 50 par mois, au lieu des 4'343 fr. 25 par mois retenus par le premier juge. Compte tenu de

la jurisprudence – non contestée par l'appelant – imposant de retenir le bénéfice net des indépendants des trois ou quatre dernières années, il y a également lieu de retenir la moyenne des deux exercices précédents, soit 4'698 fr. 40 en 2013 et 4'785 fr. 15 en 2014. En définitive, le revenu mensuel net moyen réalisé par l'appelant entre 2013 et 2015 peut être arrêté à 4'447 francs. A cela s'ajoute que, même avec des comptes définitifs pour l'année 2015 qui font état de prélèvements privés à hauteur de 75'141 fr. 56 et non plus de 87'920 fr. 72, il apparaît que les moyens financiers de l'appelant étaient en réalité bien plus élevés que ce qui ressort de ses allégations. Quels que soient les motifs pour lesquels il a effectué des prélèvements privés d'une telle ampleur, il s'agit bien d'une source de revenus. La question se pose de savoir si la contribution d'entretien des enfants ne l'emporte pas sur un déménagement et l'aménagement d'un nouveau logement. Quoi qu'il en soit, les prélèvements privés sont souvent, dans le cas de travailleurs indépendants, une information utile sur le train de vie de ceux-ci. Enfin, on ne saurait soutenir que ces prélèvements privés auraient mis en danger la substance de l'exploitation de l'appelant, puisqu'il apparaît qu'au cours de cette même année, il a été possible d'augmenter la fortune commerciale de 15'062 fr. 30 à 55'157 fr. 32. On peut relever encore d'autres anomalies du compte de pertes et profits, comme l'AVS personnelle de l'exploitant, en forte hausse, l'entretien du véhicule et la part privée y relative, en nette augmentation, ou encore les frais de représentation qui ont presque triplé d'un an à l'autre.

Par courrier du 26 avril 2017, l'appelant a encore produit le compte de pertes et profits provisoire pour l'année 2016 (pièce 21), qui fait état d'un résultat de 30'420 fr. 55 et de prélèvements privés de 54'054 fr. 50. La baisse de revenu est effectivement importante. Il s'agit toutefois d'un compte provisoire, susceptible de variations importantes, comme le démontre la modification entre les comptes provisoire et définitif de l'exercice 2015. Ces variations sont susceptibles, dans le cas de l'appelant, d'être orientées tant à la hausse qu'à la baisse. Ensuite, si l'on se fonde sur les prélèvements privés, le revenu mensuel moyen en

2016 peut être arrêté à 4'504 fr. 55, ce qui reste encore très proche du revenu retenu dans la convention ratifiée en 2012.

Au vu de ce qui précède, il ne fait aucun doute que les moyens financiers de l'appelant sont à tout le moins équivalents à ceux qui avaient été fixés dans la convention si l'on reprend les moyens financiers des quatre dernières années. La cour de céans ne peut pas procéder à un examen plus détaillé de sa comptabilité sur la base des pièces disponibles, mais il en résulte des indices que les ressources de l'appelant sont en réalité largement équivalentes, voire plus élevées que le revenu net annoncé.

Les moyens sont dès lors infondés.

4. Dans un dernier moyen, l'appelant fait valoir que les conditions de recevabilité de sa demande étant manifestement réalisées, le premier juge aurait dû la rejeter plutôt que la déclarer irrecevable. Sous l'angle formel, le magistrat de première instance s'étant livré à un examen au fond de la demande, il aurait effectivement convenu qu'il la rejette. S'agissant uniquement d'une question formelle, l'appelant ne dispose toutefois pas d'un intérêt digne de protection à une telle modification.

En définitive, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC. La décision entreprise doit en conséquence être confirmée.

Dès lors que l'appel était d'emblée dépourvu de chances de succès, la demande d'assistance judiciaire présentée par l'appelant doit être rejetée (art. 117 let. b CPC ; cf. CACI 5 septembre 2014/450 consid. 5). L'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), supportera les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]).

L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
prononce :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** La requête d'assistance judiciaire de A.U._____ est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.U._____.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Laurent Kohli (pour A.U._____),
- Me Romain Kramer (pour W._____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

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), le 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).

La greffière :