

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 11 juillet 2017

Composition : Mme MERKLI, juge déléguée
Greffier : M. Valentino

Art. 179 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **B.F.**_____, à Belmont-sur-Lausanne, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendu le 20 avril 2017 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **C.F.**_____, à Belmont-sur-Lausanne, intimée, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 20 avril 2017, adressée pour notification aux parties le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Président ou le premier juge) a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 31 janvier 2017 par B.F. _____ à l'encontre de C.F. _____, née [...] (I), a arrêté les frais de la décision à 400 fr. à la charge de B.F. _____ mais les a laissés provisoirement à la charge de l'Etat (II), a dit que B.F. _____, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, était, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu de rembourser les frais judiciaires mis à sa charge, ainsi que l'indemnité de son conseil d'office, laissés provisoirement à la charge de l'Etat (III), a dit que B.F. _____ était le débiteur de C.F. _____, née [...], et lui devait immédiat paiement de la somme de 1'000 fr. à titre de dépens (IV) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V).

En droit, le premier juge a retenu que depuis le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 février 2016 – ratifiant la convention passée à l'audience du même jour par laquelle B.F. _____ (ci-après : le requérant ou l'appelant) s'engageait à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, en mains de C.F. _____ (ci-après : l'intimée), d'une pension mensuelle de 2'400 fr., allocations familiales en sus, dès le 1^{er} février 2016 (ch. III de la convention) –, la situation financière du requérant n'avait pas subi de modification significative imposant une diminution de ladite contribution d'entretien, de sorte que la requête du 31 janvier 2017 tendant à la réduction à 1'000 fr. dès le 1^{er} février 2017 de la pension mensuelle précédemment fixée devait être rejetée.

B. Par acte du 1^{er} mai 2017, l'appelant a conclu, sans suite de frais et dépens, à ce que l'ordonnance de mesures provisionnelles du 20 avril 2017 soit annulée (I) et, statuant à nouveau, à ce que le chiffre III de la convention ratifiée du 3 février 2016 soit modifié en ce sens que

B.F._____ contribue à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, en mains de C.F._____, d'une pension mensuelle de 1'000 fr., allocations familiales en sus, dès le 1^{er} février 2017 (II), les chiffres I et II de la convention passée lors de l'audience de mesures provisionnelles du 22 mars 2017 étant confirmés. L'appelant a en outre requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Par avis du 5 mai 2017, la juge de céans a dispensé B.F._____ de l'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

Il n'a pas été ordonné d'échange d'écritures.

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

1. B.F._____, né le [...] 1973, et C.F._____, née [...] le [...] 1973, se sont mariés le [...] 2011 à Pully (VD).

Une fille, M._____, née le ...]5 juin 2012, est issue de cette union.

2. Rencontrant des difficultés conjugales, les parties vivent séparées depuis le 21 décembre 2014.

a) Dans un premier temps, leur séparation a été régie par convention du 9 octobre 2015, ratifiée séance tenante par le Président pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, dont la teneur était la suivante :

« I.- *Parties conviennent de vivre séparées pour une durée indéterminée, étant précisé que la séparation effective est intervenue le 21 décembre 2014.*

II.- *La jouissance du domicile conjugal est attribuée à C.F._____, à charge pour elle d'en assumer le loyer et les charges.*

- III.- La garde de l'enfant M. _____, née le [...] 2012, est attribuée à C.F. _____.
- IV.- B.F. _____ jouira d'un libre et large droit de visite sur sa fille M. _____, à exercer d'entente entre les parties.

A défaut d'entente, B.F. _____ pourra avoir sa fille M. _____ auprès de lui, jusqu'au 31 décembre 2015 :

- un week-end sur deux du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00,
- l'autre week-end, du vendredi à 18h00 au samedi à 18h00.

Dès le 1er janvier 2016, B.F. _____ pourra avoir sa fille M. _____ auprès de lui :

- un week-end sur deux du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00 ;
- un mercredi sur deux, soit le mercredi de la semaine où il n'a pas sa fille auprès de lui le week-end, de 17h00 à 20h00, à charge pour lui de lui préparer le repas du soir, à charge pour B.F. _____ d'aller chercher sa fille M. _____ là où elle se trouve et de l'y ramener.

Il est précisé que B.F. _____ aura sa fille M. _____ auprès de lui du vendredi à 18h00 au samedi à 18h00, le week-end du 9 au 10 octobre 2015 et du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00, le week-end du 16 au 18 octobre 2015, et ainsi de suite alternativement.

B.F. _____ pourra avoir sa fille M. _____ auprès de lui pendant les vacances de Noël, du vendredi 25 décembre 2015 à 9h00 au mardi 29 décembre 2015 à 18h00.

B.F. _____ pourra ensuite avoir sa fille M. _____ auprès de lui la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, alternativement à Pâques/Pentecôte, l'Ascension/le Jeûne fédéral et Noël/Nouvel An, moyennant préavis donné deux mois à C.F. _____.

- V.- Chaque partie garde ses frais et renonce à l'allocation de dépens. ».

b) Par convention du 3 février 2016, ratifiée séance tenante par le Président pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, les parties ont ensuite convenu de ce qui suit :

- « I. Parties conviennent de supprimer le chiffre IV de la convention du 9 octobre 2015 :
B.F. _____ jouira d'un libre et large droit de visite sur sa fille M. _____, à exercer d'entente entre les parties.

A défaut d'entente, il pourra avoir sa fille auprès de lui :

- un week-end sur deux du jeudi soir à 18h00 au dimanche à 18h00.
- un mercredi sur deux, soit le mercredi de la semaine où il n'a

pas sa fille auprès de lui le week-end, de 17h00 à 20h00, à charge pour lui de lui préparer le repas du soir.

- la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, alternativement à Pâques/Pentecôte, l'Ascension/le Jeûne fédéral et Noël/Nouvel an, moyennant préavis donné deux mois à l'avance à C.F._____.

A charge pour B.F._____ d'aller chercher sa fille là où elle se trouve et de l'y ramener.

- II. C.F._____ s'engage à remettre à B.F._____ la carte d'identité de M._____ à chaque fois que celui-ci veut se rendre à l'étranger avec sa fille.*
- III. B.F._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois en mains de C.F._____, d'une pension mensuelle de 2'400 fr. (deux mille quatre cents francs), allocations familiales en sus, dès le premier février 2016.*
- IV. La convention du 9 octobre 2015 est maintenue pour le surplus.*
- V. Chaque partie garde ses frais et renonce à l'allocation de dépens. ».*

3. B.F._____ a ouvert action en divorce par demande unilatérale du 31 janvier 2017. Par requête de mesures provisionnelles du même jour, il a conclu à ce que le chiffre III de la convention ratifiée lors de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 février 2016 soit modifié de la manière suivante : « *B.F._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le 1^{er} de chaque mois en mains de C.F._____, d'une pension mensuelle de 1'000 fr., allocations familiales en sus, dès le 1^{er} février 2017* », et à ce que le chiffre I de ladite convention soit complété par l'adjonction du paragraphe suivant : « *S'agissant des vacances 2017, B.F._____ pourra [a]voir M._____ auprès de lui selon précisions à apporter en cours d'instance.* ».

4. Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 22 mars 2017, les parties, assistées de leurs conseils, ont conclu une convention sur le fond, dans laquelle elles ont prévu qu'elles continueraient à exercer conjointement l'autorité parentale sur leur fille M._____, née le [...] 2012 (I), que la garde de M._____ serait attribuée à l'intimée, chez qui l'enfant aurait sa résidence habituelle (II), que la bonification pour tâche éducative serait attribuée à l'intimée (III), que le requérant bénéficierait d'un libre et

large droit de visite sur sa fille, exercé d'entente entre les parties, et qu'à défaut d'entente, il pourrait avoir sa fille auprès de lui un week-end sur deux du jeudi soir à 18h00 au dimanche à 18h00, à charge pour lui d'aller chercher sa fille où elle se trouve et de l'y ramener, un mercredi sur deux, soit le mercredi de la semaine où il n'a pas sa fille auprès de lui le week-end, de 17h00 à 20h00, à charge pour lui de lui préparer le repas du soir, ainsi que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, alternativement à Pâques ou à Pentecôte, à l'Ascension ou au Jeûne fédéral, à Noël ou Nouvel An, moyennant préavis donné deux mois à l'avance à l'intimée (IV), et que les droits et obligations du contrat de bail portant sur l'appartement sis [...], à Belmont-sur-Lausanne, seraient attribués à l'intimée (V).

Lors de cette audience, les parties ont également signé une convention à titre provisionnel réglant le droit de garde de leur fille M. _____ durant les vacances 2017 (I) et précisant que M. _____ aurait sa carte d'identité avec elle pendant l'exercice du droit de visite par son père (II). Pour le surplus, la conciliation a échoué.

5. a) Le requérant travaille comme transporteur indépendant. Son activité lui a permis de réaliser un chiffre d'affaires de 224'398 fr. en 2013, 337'521 fr. en 2014 et 365'088 fr. en 2015. Les bénéfices annuels relatifs à ces exercices ont été de 94'906 fr. en 2013, 62'637 fr. en 2014 et 93'672 fr. en 2015, soit respectivement 7'909 fr., 5'220 fr. et 7'806 fr. par mois. A la date du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 février 2016, il a été retenu, sur la base des exercices 2013 à 2015, que le requérant réalisait un revenu moyen de 6'980 fr. par mois ($[7'909 \text{ fr.} + 5'220 \text{ fr.} + 7'806 \text{ fr.}] / 3$).

Quant à ses charges mensuelles, elles étaient les suivantes entre 2013 et 2015 :

- minimum vital	fr.1'200.00
- assurance-maladie	fr. 346.80
- assurance-maladie (fils [...], majeur)	fr. 352.70
- loyer	fr.2'100.00

- place de parc	fr. 130.00
Total	fr.4'129.50

Dans sa requête du 31 janvier 2017, le requérant a soutenu ne plus disposer désormais d'aucun solde disponible. Il a allégué percevoir actuellement un bénéfice net avoisinant les 4'000 fr. par mois, nettement inférieur aux années précédentes, indiquant que cette baisse s'expliquait, notamment, par la location d'un dépôt, par des coûts de véhicule accrus et par la perte de gros clients. A l'appui de sa requête, il a d'abord produit le compte de pertes et profits de sa société état au 30 septembre 2016, établi par « J. _____ Fiduciaire », dont il ressort un bénéfice de 36'241 fr. pour la période du 1^{er} janvier au 30 septembre 2016, soit un revenu mensuel net de 4'027 fr., puis il a produit, à l'audience du 22 mars 2017, le même compte de pertes et profits portant sur toute l'année 2016, faisant état d'un bénéfice de 52'395 fr. 25, soit un revenu mensuel net de 4'366 fr. 30.

Par courrier du 17 février 2017, l'intimée a requis des pièces en rapport avec l'augmentation de certaines charges alléguées par le requérant dans sa requête du 31 janvier 2017 et figurant dans les compte 2016 de son entreprise (état au 30 septembre 2016), soit tout document justifiant les montants de 7'650 fr. à titre de « loyer dépôt », de 17'022 fr. 90 à titre de « taxes » et de 12'861 fr. 69 à titre de « frais de voyage et conseils à la clientèle ». Il résulte des pièces requises, produites le 9 mars 2017, et des autres pièces produites à l'audience du 22 mars 2017, que le requérant s'est acquitté, du 1^{er} janvier 2016 au 1^{er} janvier 2017, d'un montant de 850 fr. par mois pour la location d'un local commercial de 100 m² - le contrat de location précisant qu'à son échéance, il ne serait renouvelable que pour les six mois suivants, avec délai de résiliation de six mois - de sorte que les charges « loyer dépôt » afférentes à la location en question ont passé de 843 fr. 30 pour toute l'année 2015 à 10'200 fr. pour l'année 2016 (12 x 850 fr.). S'agissant des « taxes », le requérant a produit un extrait du compte « 6560 taxes » faisant état d'un montant de 25'537 fr. 75 pour l'année 2016, alors qu'elles étaient de 41'542 fr. 20 en 2015 (« RPLP »). Enfin, les comptes « frais généraux » - censés étayer le montant allégué à titre de « frais de

voyage et conseils à la clientèle » - affichent un total de 15'395 fr. 20 (13'537 fr. 95 + 676 fr. 70 + 1'180 fr. 57), alors que les comptes 2015 indiquent un montant de 5'184 fr. 54 à titre de « frais de représentation ».

S'agissant toujours de ses charges, le requérant a allégué les faits « nouveaux » suivants : l'acquittement en 2017 de 1'570 fr. 55 par mois pour recouvrer les impôts du couple de la période du 1^{er} janvier 2014 au 13 septembre 2016, les frais de garderie de M. _____ pendant la vie commune par 165 fr. par mois, la prime d'assurance-maladie s'élevant à 432 fr. 75 par mois et les primes de police de prévoyance professionnelle mensuelles à hauteur de 839 fr. 90. Le premier juge n'a pas tenu compte de ces éléments, relevant, d'une part, que les arriérés d'impôts du couple et les frais de garderie n'étaient pas des faits nouveaux et, d'autre part, que les montants des primes d'assurance-maladie et de prévoyance professionnelle, s'ils constituaient des éléments nouveaux, ils ne pouvaient toutefois pas être qualifiés de faits notables. S'agissant plus particulièrement des primes de prévoyance professionnelle - seul élément dont le requérant conteste la non-prise en compte par le premier juge -, il y a lieu de retenir, au vu des pièces produites le 31 janvier 2017 et pour les motifs qui seront exposés dans la partie en droit, un nouveau montant mensuel de 88 fr. 25.

b) L'intimée, qui n'a pas allégué de changement quant au revenu de ses activités ni quant à ses charges, réalise un salaire mensuel moyen de 3'330 fr., part au treizième salaire comprise.

Ses charges mensuelles - qui sont sensiblement les mêmes que celles qui prévalaient à l'époque du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 février 2016 - sont les suivantes :

- minimum vital	fr.1'350.00
- assurance-maladie	fr. 400.00
- frais de garde	fr. 560.70
- loyer	fr.2'050.00
- place de parc	fr. 80.00
- assurance-maladie intimée	fr. 445.00
- assurance-maladie M. _____	fr. 126.50

Total

fr.5'012.20

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles, qui sont des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Les ordonnances de mesures provisionnelles 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).

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

1.2 En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui, dans leur dernier état devant le président du tribunal et capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

1.3 La question se pose de savoir si les conclusions de l'appelant ne devaient pas porter sur des contributions séparées (mère/enfant), au vu du nouveau droit de l'entretien de l'enfant - applicable depuis le 1^{er} janvier 2017 - qui distingue la contribution d'entretien due à l'enfant de celle due au conjoint (cf. art. 176 al. 1 ch. 1 et 276a al. 1 CC). Cette question peut toutefois demeurer ouverte, au vu du rejet de l'appel.

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. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. cit.).

2.2 S'agissant des questions relatives aux enfants mineurs, la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC) et, en sus, la maxime d'office (art. 296 al. 2 CPC) sont applicables.

Selon la jurisprudence, la maxime inquisitoire impose l'obligation au juge, et non aux parties, d'énoncer et d'établir les faits déterminants (ATF 128 III 411). Il n'est pas lié par les faits allégués et les offres de preuve et peut donc tenir compte de faits non allégués (ATF 107 II 233). La maxime inquisitoire ne dispense cependant pas les parties de collaborer (TF 5A_140/2013 du 28 mai 2013 consid. 3.1 et 3.2.1) et il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 130 III 102, consid. 2.2 ; Haldy, CPC Commenté, n. 7 *ad* art. 55 CPC).

La maxime inquisitoire illimitée est applicable en l'espèce, s'agissant d'une contribution d'entretien globale en faveur de l'enfant et du conjoint.

3. Une fois ordonnées, les mesures provisionnelles dans le cadre de l'action en divorce pendante ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (TF 5A_937/2014 du 26 mai 2015 consid. 4; TF 5A_33/2015 du 28 avril 2015 consid. 4.1; TF 5A_131/2014 du 27 mai 2014

consid. 2.1). La modification des mesures provisoires ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue (TF 5A_866/2013 du 16 avril 2014 consid. 3.1; TF 5A_245/2013 du 24 septembre 2013 consid. 3.1; TF 5A_101/2013 du 25 juillet 2013 consid. 3.1; TF 5A_400/2012 du 25 février 2013 consid. 4.1). Les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes ; pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (TF 5A_33/2015 du 28 avril 2015 consid. 4.1; TF 5A_153/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1; TF 5A_147/2012 du 26 avril 2012 consid. 4.2.1), car la procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 131 III 189 consid. 2.7.4 [au sujet de l'art. 129 CC]).

Lorsqu'il admet que les circonstances ayant prévalu lors du prononcé de mesures provisoires se sont modifiées durablement et de manière significative, le juge doit fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent et litigieux devant lui (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1 p. 292; ATF 137 III 604 consid. 4.1.2 p. 606; TF 5A_937/2014 du 26 mai 2015 consid. 4 et 6.1.2; TF 5A_140/2013 du 28 mai 2013 consid. 4.1). La survenance de faits nouveaux importants et durables n'entraîne toutefois pas automatiquement une modification du montant de la contribution d'entretien ; celle-ci ne se justifie que lorsque la différence entre le montant de la contribution d'entretien nouvellement calculée sur la base de tels faits et celle initialement fixée est d'une ampleur suffisante (TF 5A_33/2015 du 28 avril 2015 consid. 4.2).

4.

4.1 L'appelant conteste l'ordonnance sur la question de la prétendue diminution de son revenu et la prétendue augmentation de ses charges.

4.2 Pour les indépendants, le revenu est constitué – lorsqu'une comptabilité est tenue dans les règles – par le bénéfice net d'un exercice, à savoir la différence entre les produits et les charges; en l'absence de comptabilité, il s'agit de la différence du capital propre entre deux exercices (Chaix, Commentaire romand, n. 7 ad art. 176 CC).

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 678 et les références). 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 du 22 mars 2010 consid. 3.1, in FamPra.ch. 2010 p. 678; 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 1451; 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 du 13 janvier 2009 consid. 2, in FamPra.ch 2009 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).

En matière de mesures protectrices, le juge doit s'en tenir à la vraisemblance des faits allégués et une expertise comptable est exclue (Chaix, op. cit., n. 7 ad art. 176 CC; Juge délégué CACI 25 août 2011/211), des moyens de preuves coûteux devant être en principe évités (TF 5A_813/2013 du 12 mai 2014 consid. 4.3). Par ailleurs, on ne saurait exiger du juge des mesures provisionnelles ou protectrices qu'il se transforme en expert avisé, qui devrait déceler, sur la base des seuls comptes, où pourraient résider des charges fictives (CREC II 20 octobre 2008/199 ; cf. Juge délégué CACI 16 décembre 2011/404; Juge délégué CACI 24 décembre 2014/636). Dans les causes soumises à la procédure sommaire au sens propre, à savoir lorsque les faits doivent être rendus simplement vraisemblables, que le juge examine sommairement le bien-fondé juridique de la prétention et qu'il rend une décision provisoire, ne réglant donc pas définitivement la situation juridique des parties et ne revêtant pas l'autorité de la chose jugée, les moyens de preuve peuvent être limités à ceux qui sont immédiatement disponibles. Cette limitation est admissible puisque tous les moyens de preuve qui ne le sont pas pourront tous être administrés ultérieurement dans le procès ordinaire, qui tranchera définitivement la cause après un examen complet en fait et en droit (ATF 138 III 636 consid. 4.3.2).

4.3 En l'espèce, selon le premier juge, même si des pièces avaient été produites par le requérant, la diminution effective de ses revenus n'avait pas été établie. De plus, les pièces produites à la demande de l'intimée visant à justifier le montant significativement plus élevé qu'auparavant de certaines charges du requérant n'avaient pas de force probante permettant d'admettre que les frais effectifs étaient précisément ceux figurant dans la comptabilité de celui-ci, dès lors qu'elles émanaient du requérant lui-même ou qu'elles n'étaient pas certifiées conformes par une fiduciaire. En outre, un état de fait futur, incertain et hypothétique ne constituait pas, selon le premier juge, une cause suffisante de modification. Si cette diminution devait être admise, il était, pour le premier juge, difficile de soutenir

qu'elle était forcément durable dans le cadre de l'activité du requérant, alors que les trois dernières années d'exercice avaient été fructueuses.

L'appelant, qui reproche au premier juge de ne pas avoir suffisamment instruit et à l'intimé de ne pas avoir suffisamment contesté les pièces produites, s'en prend en réalité à l'appréciation des faits par le premier juge sur la base des pièces produites.

L'appelant soutient que les comptes 2016 de K._____, en particulier les pièces 4, 7 (recte 11) et 8 (recte 12), auraient été établis par J._____, qui exerce notamment une activité en tant que fiduciaire à Lausanne. Cette dernière en aurait attesté l'exactitude au moyen du tampon et de sa signature. L'appelant explique que seule la pièce 151 porterait le tampon de la fiduciaire parce qu'il s'agirait d'un envoi unique incluant les pièces 152 et 153. Si cette pièce ne porte pas la signature de la fiduciaire, les informations manuscrites qu'elle contient seraient cependant le fait de la fiduciaire et correspondrait à l'écriture de J._____, comparable à ce qui figure à la pièce 7 (recte 11), selon l'appelant. L'établissement de ces pièces ne serait clairement pas le fait de l'appelant qui serait chauffeur poids lourd et non pas comptable.

4.4

4.4.1 Entre 2013 à 2015, l'appelant réalisait un revenu moyen net de 6'980 fr. Ses charges étaient de 4'129 fr. 50. Il a allégué dans sa requête du 31 janvier 2017 que le bénéfice net de son activité indépendante avoisinait 4'000 fr. par mois en 2016, en se référant à la pièce 4, soit le compte de pertes et profits état au 30 septembre 2016, établi par « J._____ Fiduciaire » et sur lequel figurent le tampon et la signature de cette dernière. Cette pièce, portant sur neuf mois, n'est toutefois pas suffisante pour attester d'une évolution substantielle et durable, justifiant la modification requise.

L'appelant renvoie aussi à la pièce 12, portant sur douze mois, dont il ressort un bénéfice 2016 de 52'395 fr. 25, soit un revenu mensuel net de 4'366 fr. 30. Or, au vu des principes énoncés, le premier juge

pouvait de toute manière considérer que les comptes de la société portant sur une seule année, soit 2016, n'étaient pas susceptibles de démontrer une évolution défavorable durable de la société, voire du bénéfice réalisé.

4.4.2 Au surplus, c'est au terme de son appréciation des pièces justificatives produites par l'appelant en première instance à la requête de l'intimée, censées justifier le montant sensiblement plus élevé de certaines charges figurant dans les comptes produits pour 2016, que le premier juge a considéré qu'elles n'emportaient pas sa conviction. Il s'agit des pièces 151 (compte 6000 loyer dépôt), 152 (compte 6560 taxes) et 153 (comptes 6640, 6641 et 6642 frais généraux, incluant les « frais de voyage et conseils à la clientèle » [pièce 4 du bordereau du 31 janvier 2017]) du 8 mars 2017.

On relèvera d'emblée que le montant des taxes RPLP figurant sur la pièce 152, d'un total de 25'537 fr. 75, est inférieur à celui des années 2014 et 2015, de respectivement 30'457 fr. 50 et 41'542 fr. 20 (pièce 8 du bordereau du 25 janvier 2016, produite sous pièce 10 du bordereau du 31 janvier 2017), de sorte qu'on ne saurait parler d'une augmentation des charges à cet égard. De ce point de vue déjà, cette pièce n'est pas pertinente.

A cela s'ajoute que les pièces 151, 152 et 153 ne représentent que les extraits des comptes loyer dépôt, taxes et frais généraux, et n'ont donc pas de force probante en elles-mêmes, les pièces 151 et 153 n'expliquant par ailleurs pas les raisons de l'augmentation des postes correspondants. Au contraire, l'annotation manuscrite figurant sur la pièce 151, non signée par J._____, précise que les virements auraient été faits par CCP mais qu'il n'existerait pas de justificatifs ; or l'inexistence de justificatifs en cas de virement CCP n'est pas convaincante. L'appelant a certes rendu vraisemblable le poste « loyer dépôt » pour l'année 2016 par la pièce 13 qui atteste de la conclusion d'un bail à loyer pour un local commercial de 100 m², à tout le moins pour une année, soit jusqu'au 1^{er} janvier 2017, ce contrat précisant qu'à son échéance, il ne serait renouvelable que pour les six mois suivants, avec délai de résiliation de

six mois. L'appelant n'a cependant ni allégué ni démontré l'utilité de ces charges afférentes à la location du dépôt en question pour sa société, qui a passé de 843 fr. 30 pour toute l'année 2015 (pièce 8 du bordereau du 25 janvier 2016, produite sous pièce 10 du bordereau du 31 janvier 2017), à 10'200 fr. pour l'année 2016. Mais avant tout et à l'instar de ce qui a été exposé ci-dessus pour le bénéfice 2016, rien n'indique si les charges « loyer dépôt » vont être maintenues pour 2017 et les années suivantes, soit si elles sont durables au point de justifier la modification requise.

La pièce 153, quant à elle, ne porte ni tampon ni signature de J._____, comme la pièce 152 d'ailleurs. Elle n'explique pas l'augmentation des frais généraux, en particulier les frais de voyage et conseils à la clientèle, de 5'184 fr. 54 en 2015 (pièce 8 du bordereau du 25 janvier 2016 [« frais de représentation »], produite sous pièce 10 du bordereau du 31 janvier 2017), à 15'395 fr. 20 (13'537 fr. 95 + 676 fr. 70 + 1'180 fr. 57) en 2016 (pièce 153 du bordereau du 8 mars 2017).

4.4.3 En résumé, c'est à tort que l'appelant s'en prend à l'appréciation des faits par le premier juge, effectuée sur la base des pièces produites à la suite de la requête de l'intimée qui mettait en doute l'évolution de la situation financière de la société, en particulier son bénéfice net, au regard de l'évolution de certains postes de la comptabilité produite. Il est en outre rappelé que dans le cadre de la procédure provisionnelle sommaire, le juge n'est pas tenu de se muer en un expert-comptable chargé de déceler des charges injustifiées. Par ailleurs, les explications de l'appelant selon lesquelles il n'aurait plus aucun mandat de nuit et qu'il ne trouverait pas suffisamment de mandats pour compenser cette perte, d'une part, et selon lesquelles son camion lui aurait causé de nombreux frais (pièces 10 à 12, recte 14 à 16 du bordereau du 22 mars 2017) de sorte qu'il avait dû le vendre pour en louer un à 4'500 fr. par mois en attendant de pouvoir réinvestir dans un nouveau camion, d'autre part, - à supposer recevables, dès lors que ces faits n'ont pas été allégués dans la requête de mesures provisionnelles - ne lui sont de toute manière d'aucun secours pour remettre en cause

l'absence de modification notable et durable du bénéfice de la société de manière générale ainsi que, plus particulièrement, des charges relatives aux véhicules. Cela est d'autant plus valable que les pièces 14 à 16 ne concernent que des devis et des offres effectuées en février 2017 qui n'ont dès lors pas de force probante s'agissant de la situation de la société et de la comptabilité 2016 produite, ni de force probante suffisante s'agissant de l'évolution réelle du bénéfice net de la société. On peut de surcroît relever que le poste « leasing et location » représentait un montant de 11'022 fr. 30 en 2016 (pièce 12 du 22 mars 2017), alors que le bénéfice net était prétendument faible, mais qu'il représentait un montant de 39'642 fr. 40 en 2015 (pièce 8 du bordereau du 25 janvier 2016, produite sous pièce 10 du bordereau du 31 janvier 2017), alors que le bénéfice net était élevé, de sorte que l'augmentation des charges de ce poste en 2017 n'est de toute manière pas à elle seule décisive s'agissant de l'évolution de l'ensemble de la situation financière de la société.

5.

5.1 L'appelant conteste la non-prise en compte de ses primes de prévoyance professionnelle mensuelles par 839 fr. 90. Il expose avoir fourni à l'appui de sa requête du 31 janvier 2017 le bordereau de titres produit lors de la procédure initiale, lequel comprend ses primes de prévoyance professionnelle (pièce 9 du bordereau du 25 janvier 2016, produite sous pièce 10 du bordereau du 31 janvier 2017). Ces pièces attesteraient du fait que les primes n'auraient pas augmenté ; en revanche, ce montant n'aurait, à tort selon l'appelant, pas été pris en compte dans la liste de ses charges. Lors de la procédure initiale, l'appelant n'avait pas pu indiquer si ses primes de prévoyance professionnelle étaient déjà prises en compte dans sa comptabilité ; la pièce 7 (recte 11) du bordereau du 22 mars 2017 attesterait désormais de ce fait.

5.2 La question se pose de savoir si, comme le soutient l'appelant, il peut invoquer dans le cadre de la modification au sens de l'art. 179 CC qu'il ne disposait pas d'une preuve lors de la procédure initiale, ou s'il

devait le faire dans le cadre d'un appel formé au stade de ladite procédure en démontrant la raison pour laquelle il n'avait pu faire preuve de toute la diligence requise (cf. art. 317 al. 1 CPC).

Il apparaît, au vu de la jurisprudence précitée, que l'appelant aurait dû procéder immédiatement (consid. 3 *supra*). Quoi qu'il en soit, l'appel doit de toute manière être rejeté sur ce point pour les motifs qui suivent.

Le premier juge a relevé à ce propos que les primes de prévoyance professionnelle n'avaient pas été prises en compte dans le budget du requérant au moment de la fixation de la contribution dans la convention du 3 février 2016 et qu'il n'était ainsi pas possible de déterminer si elles avaient subi un changement notable et durable.

Il ressort de la pièce 7 du bordereau du 31 janvier 2017 que l'appelant a reçu en 2016 quatre bulletins de versement. Deux d'entre eux concernent des primes semestrielles respectivement de 4'502 fr. 75 et 4'504 fr. 70, soit quelque 9'000 fr. de primes de rachat d'assurance prévoyance, dont seule l'une d'entre elles apparaît comme ayant été versée selon la mention manuscrite apposée sur le bulletin de versement. Le fait qu'il s'agisse de primes de rachat de prévoyance ressort de la déclaration d'impôt 2014 qui mentionne un montant de 9'000 fr. à ce titre (pièce 10 du bordereau du 25 janvier 2016, produite sous pièce 10 du bordereau du 31 janvier 2017). En revanche, ni la déclaration d'impôt 2016 (pièce 12 du bordereau du 22 mars 2017) ni l'extrait de la déclaration d'impôt 2013 (pièce 11 du bordereau du 25 janvier 2016, produite sous pièce 10 du bordereau du 31 janvier 2017) n'en font état.

Hormis le fait qu'il s'agit de primes de rachat de prévoyance, dont une prise en compte (rétroactive) dans les charges de l'appelant est discutable, leur paiement complet et régulier n'est pas rendu vraisemblable, voire apparaît comme étant - partiellement - intervenu en 2016 seulement, sans avoir fait l'objet d'un report dans la comptabilité de la société, comme attesté par la fiduciaire qui n'indique pas la raison de

cette omission (pièce 11 du bordereau du 22 mars 2017). Pour l'ensemble de ces motifs, ces primes de rachat ne constituent pas une modification substantielle et durable des charges de l'appelant à ce stade.

S'agissant des deux autres bulletins de versement portant sur des montants semestriels de 536 fr. et 523 fr. 10, à titre de primes de police de prévoyance (pièce 7 du bordereau du 31 janvier 2017), il apparaît qu'ils ont été payés, selon la mention manuscrite figurant sur chacun d'eux, respectivement en mai 2016 et janvier 2017. En revanche, aucune pièce, ni même l'attestation de la fiduciaire du 17 mars 2017 (pièce 11 du bordereau du 22 mars 2017), ne fait état de leur versement avant 2016, de sorte que cette charge est nouvelle. Par ailleurs, elle correspond à un nouveau montant mensuel de 88 fr. 25 (1'059 fr. 10 : 12) qui est trop faible pour constituer à lui seul une modification essentielle (et durable) à prendre en compte à ce stade.

6.

6.1 Dans un dernier moyen, l'appelant conteste sa condamnation au paiement de 1'000 fr. de dépens en faveur de l'intimée.

6.2 Une fois les frais et dépens arrêtés, ils sont répartis entre les parties en application des art. 106 et 107 CPC, la règle étant que les frais sont en principe mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Le tribunal est toutefois libre de s'écarter de ces règles et de les répartir selon sa libre appréciation dans les hypothèses prévues par l'art. 107 CPC et notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC). Statuant dans ce cadre selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), l'autorité cantonale dispose d'un large pouvoir d'appréciation (cf. ATF 132 III 97 consid. 1 ; ATF 130 III 28 consid. 4.1 ; Tappy, CPC commenté, op. cit., n. 6 ad art. 107 CPC). La doctrine considère que l'application de l'art. 107 CPC ne devrait pas constituer la règle pour la répartition des frais judiciaires dans les procédures sommaires de l'union conjugale, son application relevant de l'équité (Pesenti, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen

Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A Privatrecht, Band 131, Bâle 2017, n. 503 et les références à la note infrapaginale 1086).

6.3

6.3.1 En l'occurrence, l'appelant invoque d'abord que ses prétentions n'auraient pas été jugées et motivées de manière objective s'agissant de la modification de la contribution d'entretien. Or, la motivation d'une décision ne fonde jamais le droit d'une partie à des dépens ; seule la comparaison des conclusions, formulées par chacune des parties, avec l'issue du litige est déterminante. Le moyen est donc mal fondé.

L'appelant fait ensuite valoir que sa requête portant sur la fixation de son droit de visite pendant les prochaines vacances d'été aurait été pleinement admise, ce qui découlerait de la convention signée à titre provisionnel réglant cette question.

Au vu des éléments au dossier, on ignore dans quelle mesure cette requête portant sur des modalités de l'exercice du droit de garde durant les vacances 2017, à laquelle la partie adverse a consenti dans la convention du 22 mars 2017, était fondée et nécessaire, par exemple en raison d'un comportement oppositionnel de l'intimée à la requête, puisque cela ne ressort ni des allégués ni de la motivation de la requête. Par ailleurs, cette requête était imprécise, puisqu'elle prévoyait des «précisions à apporter en cours d'instance», de sorte que l'on ne peut déterminer dans quelle mesure exacte le requérant, qui ne chiffre du reste pas en appel ses conclusions à cet égard, aurait obtenu gain de cause sur ce point ayant fait l'objet d'une convention. Quoi qu'il en soit, cet aspect était mineur, au vu de l'objet et de l'enjeu principaux du litige, d'une part, et de la convention au fond du 22 mars 2017 qui maintient un libre et large droit de visite en faveur du père, d'autre part.

Partant, au vu des conclusions provisionnelles prises par le requérant et du dispositif de l'ordonnance de mesures provisionnelles attaquée, le premier juge n'apparaît pas comme ayant violé l'art. 106 CPC,

ni excédé de manière inéquitable son pouvoir d'appréciation en considérant que le requérant avait succombé principalement et pour l'essentiel dans le cadre de la procédure provisionnelle et en mettant les frais judiciaires entièrement à sa charge.

6.3.2 Le même raisonnement peut être tenu s'agissant des dépens, arrêtés par le premier juge à 1'000 fr. en faveur de l'intimée, qui doit être considérée comme ayant obtenu gain de cause sur le principe et pour l'essentiel. L'appelant ne chiffre du reste pas non plus ses conclusions en appel à cet égard (cf. TF 5A_624/2016 du 9 mars 2017 consid. 1). La quotité arrêtée est indépendante du tarif en matière d'assistance judiciaire. Elle est de toute manière conforme au TDC (tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6), soit à la fourchette prévue à l'art. 9 TDC - « de 600 fr. à 50'000 fr. en première instance, en fonction de l'importance et de la difficulté de la cause ainsi que selon le travail effectué » - et se situe du reste à la limite inférieure de celle-ci. Par ailleurs, la quotité ne doit pas être arrêtée sur la seule base de l'existence de déterminations écrites ou pas, le conseil de l'intimée à la requête s'étant, au demeurant et contrairement à ce que soutient l'appelant, déterminé le 17 février 2017 et ayant requis la production de pièces en vue de l'audience du 22 mars 2017 à laquelle il a participé tout en produisant un bordereau. Dès lors, la quotité retenue apparaît comme étant adéquate.

7. Compte tenu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance entreprise confirmée.

La requête d'assistance judiciaire déposée par B.F. _____ doit être rejetée, dès lors que son appel était dépourvu de toute chance de succès (art. 117 let. b CPC).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV

270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

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

Par ces motifs,
la juge déléguée
de la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

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

La juge déléguée :

Le greffier :

Du

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

- Me Véronique Fontana (pour B.F. _____),
- Me Alain Dubuis (pour C.F. _____),

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

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

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

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), 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).

Le greffier :