

Collaboration à l'établissement des faits. La maxime inquisitoire ne dispense pas les parties de collaborer à l'établissement des faits. Afin de déterminer les gains du père, l'autorité précédente a requis de lui à plusieurs reprises la production de pièces comptables, mais n'en a pas obtenu d'autres que celles produites en première instance. Dès lors, les juges cantonaux ont admis à juste titre que le père, avisé des conséquences d'un refus de collaborer, devait se voir opposer les chiffres produits au dossier (consid. 3.1 et 3.2.1).

Moment déterminant pour juger d'un changement significatif et non temporaire. 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. Les éléments du calcul des contributions d'entretien doivent être actualisés au jour de la décision à rendre (consid. 4.1 et 4.2).

Composition

MM. les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Herrmann et Schöbi.

Greffière: Mme Carlin.

Participants à la procédure

M. A. X.,
représenté par Me Lise-Marie Gonzalez Pennec, avocate,
recourant,

contre

Mme B. X.,
représentée par Me Alain Ribordy, avocat,
intimée.

Objet

mesures protectrices de l'union conjugale,

recours contre l'arrêt de la le Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 15 janvier 2013.

Faits:

A.

A.a. M. A.X. (1974) et Mme B.X. (1975) se sont mariés le 17 septembre 2005. Trois enfants sont issues de leur union : C. (2006), D. (2007) et E. (2009).

A.b. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 11 février 2011, le Président du Tribunal d'arrondissement de La Côte a ratifié l'accord des parties autorisant les époux à vivre séparé, attribuant le domicile conjugal au père, la garde des enfants à la mère, sous réserve du droit

de visite du père, et fixant la contribution mensuelle due par celui-ci pour l'entretien de sa famille à un montant global de 2'000 fr., allocations familiales non comprises.

B.

Le 22 août 2011, la mère a déposé une requête de modification et de révision des mesures protectrices de l'union conjugale devant le Président du Tribunal civil de la Sarine. Le père a déposé une réponse et des conclusions reconventionnelles le 11 octobre 2011.

B.a. Le 26 avril 2012, le Président du tribunal a rejeté la requête de la mère et les conclusions reconventionnelles du père.

B.b. La mère a fait appel de ce jugement par mémoire du 9 mai 2012, concluant à ce que le père soit astreint à contribuer, dès le 1^{er} février 2011, à l'entretien des trois filles par le versement d'une contribution mensuelle de 3'040 fr., allocations familiales en sus, et à son propre entretien à hauteur de 3'270 fr. par mois. La mère a requis, dans le cadre de son appel, la production par le père de sa comptabilité complète de l'année 2011. Le père a conclu au rejet de l'appel.

Par ordonnance du 24 août 2012, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a requis du père la production de la comptabilité 2011, les comptes provisoires 2012, tous les documents fiscaux et les contrats de travail de la société F. Sàrl et de lui-même.

Le 14 septembre 2012, le père a requis de la cour d'appel qu'elle rende une décision incidente sur la question de l'existence d'un changement significatif de la situation financière des parties depuis la conclusion de la convention de séparation. La Cour d'appel a maintenu la demande de production des pièces requises, par ordonnance du 5 octobre 2012.

Le 19 octobre 2012, le père a réitéré sa demande de décision incidente, allégué que la mère vit dorénavant en concubinage et requis la production de pièces. La requête a été rejetée par la Cour d'appel le 23 octobre 2012, qui a toutefois invité la mère à préciser sa situation actuelle. Celle-ci a répondu le 30 octobre 2012 qu'elle vivait effectivement en concubinage, mais qu'elle en avait informé le père le 12 juin 2012, en sorte que l'allégation de celui-ci était tardive.

Le 5 novembre 2012, le père a informé la Cour d'appel civile que " la société F. Sàrl n'avait pas pu obtenir de comptabilité pour l'an 2011 ni n'avait rempli de déclaration d'impôts et que la société serait prochainement liquidée ". La mère s'est déterminée le 3 décembre 2012, requérant des pièces afin d'établir la situation financière de la société F. Sàrl et clarifiant sa propre situation.

B.c. Par arrêt du 15 janvier 2013, la Cour d'appel civile a partiellement admis l'appel de la mère, réformé la décision du 26 avril 2012 rendue par le Président du Tribunal civil de la Sarine en ce sens que le père a été condamné à contribuer à l'entretien de ses trois filles par le versement pour chacune d'elles d'une pension mensuelle de 1'000 fr., dès le 1^{er} septembre 2011, allocations familiales en sus et à l'entretien de la mère par le versement d'un montant de 1'700 fr. par mois, dès le 1^{er} septembre 2011, puis de 1'300 fr., dès le 1^{er} août 2012.

C.

Par acte du 18 février 2013, M. A.X. interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut principalement à la réforme de l'arrêt entrepris, en ce sens que l'appel de la mère est rejeté, subsidiairement à l'annulation de la décision querellée et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure. Au préalable, il requiert l'octroi de l'assistance judiciaire.

Des déterminations n'ont pas été requises.

Considérant en droit:

1.

1.1. Le présent recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) ainsi que dans la forme légale (art. 42 LTF), contre une décision finale (art. 90 LTF; ATF 134 III 426 consid. 2.2 p. 431) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF), dans une affaire matrimoniale (art. 72 al. 1 LTF). Le litige porte sur le versement d'une contribution pour l'entretien de la famille durant la séparation des époux, à savoir une cause de nature pécuniaire dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et al. 4, art. 74 al. 1 let. b LTF). Le recourant a en outre pris part à la procédure devant l'autorité précédente (art. 76 al. 1 let. a LTF) et, ayant succombé dans ses conclusions, a un intérêt à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 76 al. 1 let. b LTF). Le recours en matière civile est en principe recevable au regard des dispositions qui précèdent.

1.2. Dans le cadre d'un recours en matière civile des art. 72 ss LTF, qui est une voie de réforme, la partie recourante ne peut dès lors se borner à demander l'annulation de la décision attaquée, mais elle doit prendre des conclusions sur le fond du litige (arrêts 5A_461/2011 du 14 octobre 2011 consid. 2 et 5A_835/2010 du 1er juin 2011 consid. 1.2). Les conclusions réformatoires doivent donc être déterminées et précises, c'est-à-dire indiquer exactement quelles modifications sont demandées. En l'espèce, le recourant se borne à conclure au rejet de l'appel de son épouse, autrement dit à l'annulation de l'arrêt entrepris. Il ressort toutefois clairement de son mémoire de recours que le père conteste que les conditions de l'art. 179 CC soient réalisées; la situation financière des parties ne se serait pas modifiée de façon importante et durable depuis le prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale. En demandant le rejet de l'appel, le recourant conclut donc à la réforme de la décision attaquée en ce sens que la requête de modification déposée par la mère est rejetée et que l'ordonnance du 11 février 2011 du Président du Tribunal d'arrondissement de La Côte ratifiant la convention des parties demeure applicable.

2.

Dès lors que la décision attaquée porte sur la modification des mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles sont considérées comme des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (ATF 133 III 393 consid. 5 p. 396), seule peut être invoquée à leur encontre la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés conformément au principe d'allégation ("Rügeprinzip", art. 106 al. 2 LTF), à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (ATF 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287). Le recourant qui se plaint de la violation d'un droit fondamental ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer ses allégations par une argumentation précise (ATF 134 II 349 consid. 3 p. 351 s.; 133 II 396 consid. 3.2 p. 400; arrêt 5A_99/2011 du 22 septembre 2011 consid. 2.1).

3.

Le recours a pour objet le rejet de la demande de modification des mesures protectrices de l'union conjugale déposée par l'épouse, l'époux invoquant l'absence de modification de la situation financière des époux depuis la convention des parties ratifiée par le juge en février 2011.

3.1. Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC. Aux termes de l'art. 179 al. 1 1^{ère} phr. CC, le juge

prononce les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Selon la jurisprudence, 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, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est avérée plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 consid. 2 p. 61 s.; arrêt 5A_522/2011 du 18 janvier 2012 consid. 4.1 et les arrêts cités). **La maxime inquisitoire ne dispense pas les parties de collaborer à l'établissement des faits (arrêt 5P.473/2006 consid. 3.2).**

3.2.

3.2.1. S'agissant d'une modification notable des circonstances à la date du dépôt de la requête le 22 août 2011, la cour cantonale a constaté que le premier juge, qui a nié toute modification durable et significative de la situation financière des parties, avait retenu que la société du père, F. Sàrl, avait fait au premier semestre 2011 un bénéfice de 47'740 fr. 97, utilisé pour éponger la perte reportée de 29'672 fr. 32, dégageant ainsi un bénéfice net de 18'068 fr. 65. Le résultat du second semestre devait être similaire selon la déclaration du père, le premier juge avait alors considéré que le bénéfice net de l'année 2011 de la société F. Sàrl s'élèverait à 65'809 fr. 65 (18'068 fr. 65 + 47'740 fr. 97), permettant au père de se verser un salaire mensuel net de 5'484 fr. 15, à savoir un montant comparable à celui retenu dans la convention du 11 février 2011. Estimant les conditions d'application du principe de l'emprise directe (Durchgriff) étaient réunies, dès lors que le père a déclaré exercer une position dominante en tant qu'associé-gérant de sa société, la Cour d'appel civil a considéré que le revenu de celui-ci se composait du bénéfice net de la société, ainsi que des salaires qu'il s'était versés. **Afin de déterminer les gains du père, l'autorité précédente a requis à plusieurs reprises du père la production de pièces comptables, mais n'a pas obtenu d'autre comptabilité que celle produite en première instance, en sorte que les juges cantonaux ont admis que le père, avisé des conséquences d'un refus de collaborer, devait se voir opposer les chiffres produits au dossier, à savoir la comptabilité provisoire au 30 juin 2011.** Selon les constatations de la cour cantonale, le compte de pertes et profits pour la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2011, révèle un bénéfice net de 47'740 fr., celui pour l'année 2010, une perte de 27 fr. 50 et le bilan contient une " proposition relative à l'emploi du bénéfice au bilan au 30.06.2011 " invitant à tenir compte d'une perte reportée de l'exercice précédent de 29'372 fr. La perte annoncée ne ressortant pas du compte de pertes et profits 2010 et ne semblant se justifier par aucun investissement antérieur à 2010, l'autorité cantonale a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'en tenir compte. En se fondant sur le premier semestre 2011, la cour cantonale a admis que les gains du père se composaient du bénéfice net de la société F. Sàrl de 47'740 fr., ainsi que des salaires nets perçus, à savoir 16'600 fr., pour un total d'environ 10'700 fr. par mois ($47'740 + 16'600 / 6 = 10'723$ fr. 33). En définitive, la cour cantonale a admis, contrairement au premier juge, que la situation financière du père s'était nettement améliorée au moment du dépôt de la requête de modification en août 2011 et que cette amélioration était durable, le père ayant admis que les affaires du second semestre 2011 avaient été égales à celles du premier semestre.

3.2.2. Compte tenu de la modification des revenus du père, la cour cantonale a à nouveau déterminé la situation des époux, au jour du dépôt de la requête de modification du 22 août 2011, retenant que la mère subit un déficit de 626 fr. 60, alors que le père dispose d'un montant de 5'832 fr. 30 après paiement de ses charges, comprenant un montant équitable de 600 fr. pour les frais de déplacement pour l'exercice du droit de visite. S'agissant de la contribution d'entretien des filles, la cour précédente a retenu que le coût d'entretien d'enfants âgées de 5, 4 et 2 ans lors du dépôt de la

requête, dans une fratrie de trois, se montait pour chacune, selon les tabelles zurichoises, à un montant arrondi de 1'000 fr., déduction faite des allocations familiales et du poste soins et éducation, et compte tenu d'un montant de 170 fr. pour les frais de garde. Vu les revenus cumulés des parents à hauteur de 12'400 fr., la cour cantonale, a considéré que le coût par enfant devait être retenu sans réduction. Le père disposant encore d'un solde mensuel de 2'832 fr. 30 après paiement des contributions d'entretien de ses filles, la cour cantonale a fixé la contribution d'entretien en faveur de la mère à 1'700 fr. par mois, correspondant approximativement à la couverture de son déficit (626 fr.) et la moitié du solde des revenus cumulés des époux ($[2'832 - 626] / 2 = 1'103$ fr.).

3.2.3. Concernant les faits nouveaux invoqués en appel, la cour précédente a considéré que l'allégation du père selon laquelle la société F. Sàrl ne pouvait plus lui verser de salaire depuis le mois de septembre 2012 et devait être liquidée n'était pas suffisamment prouvée (inscription au chômage notamment), pour retenir une modification durable des revenus de celui-ci. Cependant, elle a considéré qu'il fallait tenir compte du concubinage de la mère, dès le mois d'août 2012, ce qui réduisait ses frais de logement à 1'100 fr., dont à déduire 40 % représentant la part des enfants, son minimum vital à 850 fr. et ses frais de déplacement mensuels à 66 fr. Les juges précédents ont également retenu que le salaire de la mère était passé de 1'682 fr. à 1'831 fr. par mois. La cour cantonale a ainsi retenu que la mère disposait, dès le mois d'août 2012, d'un solde positif de 255 fr. par mois ($1'831 - 850 - 1'100 + 440 - 66$) et a réduit en conséquence sa contribution d'entretien à charge du père à 1'300 fr. ($[2'832 / 2] + [255 / 2]$) par mois, dès le 1^{er} août 2012.

4.

Le recourant soulève le grief d'application arbitraire (art. 9 Cst.) de l'art. 179 CC, exposant que la cour cantonale s'est fondé sur la situation financière de l'époux durant les années 2011 et 2012 alors qu'elle devait examiner une éventuelle modification au moment du dépôt de la requête, à savoir en août 2011. Il reproche donc à l'autorité précédente d'avoir requis des pièces relatives à une période postérieure à ce moment et de l'avoir sanctionné pour ne pas avoir pu produire ces documents. Le recourant en déduit que la cour d'appel devait se baser uniquement sur la comptabilité des cinq premiers mois de sa société débutante et constater que la période était trop courte pour déterminer un revenu moyen fiable et ainsi renoncer à admettre un changement durable et sensible de sa situation financière.

4.1. La question de savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue s'apprécie à la date du dépôt de la demande de modification (ATF 120 II 285 consid. 4b p. 292 s.). **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 alors 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; 137 III 604 consid. 4.1.2 p. 606, arrêt 5A_547/2012 du 14 mars 2013 consid. 4.3).**

4.2. En l'espèce, l'autorité précédente a constaté, sur la base des éléments dont elle disposait, que la situation financière du père s'était sensiblement améliorée depuis le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, dès lors que ses revenus avaient presque doublé (cf. consid. 3.2.1 ci-dessus) et qu'il apparaissait que ce changement avait perduré au-delà du premier semestre de l'année 2011, le recourant n'ayant pas rendu suffisamment vraisemblable que la société F. Sàrl avait cessé de lui verser un salaire depuis le mois de septembre 2012 (cf. supra consid. 3.2.3). **La cour cantonale a ainsi examiné, d'une part, si, au moment du dépôt de la requête de modification, les circonstances s'étaient modifiées de façon significative depuis le jugement de mesures protectrices de l'union conjugale et, d'autre part, si l'augmentation des ressources ainsi constatée était durable et justifiait une modification dudit jugement, ce qui implique de prendre connaissance de l'ensemble des données disponibles au jour du nouveau prononcé.** Les juges cantonaux ont ensuite

actualisé les éléments du calcul des contributions d'entretien au jour de la décision à rendre, tenant compte de l'ensemble des modifications survenues, singulièrement du concubinage de la mère depuis le mois d'août 2012 et l'augmentation de salaire de celle-ci, et ont ensuite recalculé les contributions d'entretien. Le recourant ayant au demeurant allégué des faits nouveaux postérieurs à la date du dépôt de la requête de modification et du jugement du 26 avril 2012 du juge de première instance (cf. consid. 3.2.3 ci-dessus), ainsi la cessation de paiement de salaire par F. Sàrl depuis le mois de septembre 2012 et la liquidation de dite société, l'on discerne mal en quoi il considère que l'actualisation des éléments est constitutive d'arbitraire. En définitive, l'autorité précédente a manifestement appliqué l'art. 179 CC conformément à la jurisprudence précitée (consid. 4.1) et le recourant ne démontre nullement que la cour précédente aurait versé dans l'arbitraire; la critique de violation de l'art. 9 Cst. est mal fondée.

5.

Le recourant invoque ensuite " la violation du principe de la double instance ", critiquant le fait que les juges cantonaux ont tenu compte " d'une évolution plus importante et plus longue que celle que l'autorité de première instance aurait pu déterminer ", parce que l'autorité précédente a porté son instruction sur des éléments postérieurs au dépôt de la requête de modification des mesures protectrices de l'union conjugale. Le père requiert le renvoi de la cause en première instance pour nouvelle instruction, afin de garantir le droit à une double instance.

A l'appui de sa critique, le recourant ne soulève aucun grief déterminé - pas même de manière implicite -; singulièrement il n'invoque ni la prohibition de l'arbitraire (art. 9 Cst.), ni la garantie du droit à un procès équitable (art. 29 al. 1 Cst.), ni même la violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), de sorte que, à la lecture de son reproche, l'on ne comprend pas quel droit constitutionnel recevable dans le cadre d'un recours soumis à 98 LTF, aurait été, selon lui, transgressé par l'autorité cantonale. Il s'ensuit que son moyen tiré de la violation du principe du double degré de juridiction est irrecevable (art. 98 et 106 al. 1 et 2 LTF; cf. supra consid. 2).

6.

Pour le cas où ses deux premiers griefs seraient rejetés, le recourant se plaint enfin de l'application arbitraire de l'art. 176 al. 1 ch. 1 et al. 3 CC en matière de fixation de la contribution d'entretien mise à sa charge, critiquant le calcul effectué par les juges cantonaux. Le recourant soutient que des frais liés à l'exercice de son droit de visite doivent être pris en considération, dès lors qu'il exerce son droit " de manière bien plus importante qu'un droit de visite usuel ", ayant ses filles auprès de lui 40% du temps. Le père conteste en outre le montant retenu pour le logement de l'épouse, à savoir 1'100 fr., estimant que seule la part de 900 fr. qu'elle paie à titre de participation aux charges hypothécaires et de PPE, doit être retenue et non les 200 fr. supplémentaires dont elle s'acquitte pour les autres charges liées au logement, notamment l'électricité, le raccordement TV-internet et les primes d'assurances ménage et responsabilité civile, qui sont, toujours selon le recourant, différents des frais de logement. Si ces frais devaient néanmoins être pris en compte, le père requiert qu'une somme équivalente soit ajoutée à ses charges pour le même poste.

Hormis dans l'intitulé de sa critique, le recourant ne soulève pas le grief d'arbitraire (art. 9 Cst.), n'explicitant pas son reproche en exposant en quoi la motivation de la décision querellée serait choquante et conduirait à une solution insoutenable. Le recourant se limite en effet à présenter, dans une argumentation appellatoire, les rectifications qu'il souhaite apporter dans les éléments du calcul pour déterminer le montant des contributions d'entretien auxquelles il a été astreint, sans même présenter l'incidence des modifications requises sur les montants fixés par les juges cantonaux et relever en quoi le résultat auquel la cour précédente a abouti est choquant. Le grief d'arbitraire (art. 9 Cst.) ne répond donc pas à l'exigence minimale de motivation, partant, il est irrecevable (principe d'allégation", art. 106 al. 2 LTF, cf. supra consid. 2). Cela étant, le recourant fait abstraction dans son raisonnement de certains éléments pris en considération par l'autorité précédente pour

déterminer le montant de son obligation d'entretien, singulièrement des frais de déplacement à hauteur de 600 fr. qui ont été ajoutés à ses charges pour l'exercice du droit de visite (cf. supra consid. 3.2.2), et requiert implicitement - sans les chiffrer - la prise en compte de mêmes frais sous un poste de charges supplémentaire, en sorte que sa critique est quoi qu'il en soit vouée à l'échec.

7.

Vu ce qui précède, le recours apparaît mal fondé, dans la mesure de sa recevabilité, et ne peut être que rejeté. Le recourant, qui succombe, supportera les frais de la présente procédure (art. 66 al. 1 LTF). Ses conclusions étant d'emblée dénuées de chances de succès, sa requête d'assistance judiciaire ne saurait être agréée (art. 64 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer d'indemnité de dépens à l'intimée qui n'a pas été invitée à déposer des observations (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

La requête d'assistance judiciaire du recourant est rejetée.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 1'500 fr., sont mis à la charge du recourant.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la le Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg.

Lausanne, le 28 mai 2013

Au nom de la Ile Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: von Werdt

La Greffière: Carlin