



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC  
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00  
tribunalcantonal@fr.ch  
www.fr.ch/tc

101 2019 90

## **Arrêt du 11 novembre 2019**

### **1<sup>e</sup> Cour d'appel civil**

#### **Composition**

Président : Jérôme Delabays  
Juges : Sandra Wohlhauser, Laurent Schneuwly  
Greffière-rapporteuse : Catherine Faller

#### **Parties**

**A.**\_\_\_\_\_, **défenderesse** et **appelante**, représentée par  
Me Jacques Meuwly, avocat

contre

**B.**\_\_\_\_\_, **demandeur** et **intimé**, représenté par Me Telmo  
Vicente, avocat

#### **Objet**

Divorce

Appel du 29 mars 2019 contre le jugement du Tribunal civil de  
l'arrondissement de la Sarine du 26 février 2019

## considérant en fait

A. A. \_\_\_\_\_, née en 1982, et B. \_\_\_\_\_, né en 1953, se sont mariés en 2003. Ils sont les parents de C. \_\_\_\_\_, né en 2003, et de D. \_\_\_\_\_, née en 2006.

Les parties sont séparées depuis le mois de février 2012. Depuis le 22 septembre 2015, leurs relations étaient régies par une décision de mesures protectrices de l'union conjugale.

B. Le 12 septembre 2016, B. \_\_\_\_\_ a déposé une demande unilatérale de divorce devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine (ci-après : le Tribunal). A. \_\_\_\_\_ y a répondu le 20 octobre 2016. Sa demande d'assistance judiciaire a été refusée par décision du 21 octobre 2016, confirmée par arrêt cantonal du 29 novembre 2016 (arrêt TC FR 101 2016 384, 385 & 386 du 29 novembre 2016).

Les parties, assistées de leur mandataire, ont comparu à l'audience du 24 octobre 2016, au cours de laquelle la conciliation a été tentée, sans succès.

Le 21 décembre 2016, B. \_\_\_\_\_ a déposé sa demande de divorce motivée concluant notamment à la dissolution de l'union conjugale, à l'autorité parentale conjointe sur les enfants et à la garde au père avec un droit de visite de la mère, sans qu'aucune contribution en faveur des enfants et entre les époux ne soit due. Il a également conclu au versement en faveur de son épouse d'une équitable indemnité au sens de l'art. 124e CC (nouveau), indiquant que dès le 1<sup>er</sup> janvier 2017, il sera en retraite anticipée, et a pris des conclusions tendant à la liquidation du régime matrimonial notamment par le versement d'un montant à déterminer en faveur de son épouse. Etaient jointe une requête de mesures provisionnelles, tendant à ce que la garde des enfants lui soit confiée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2017, le droit de visite de la mère étant réservé, et à ce qu'il soit libéré du paiement des contributions d'entretien prévues par la décision de mesures protectrices de l'union conjugale.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, B. \_\_\_\_\_ est en retraite anticipée.

Le 23 janvier 2017, A. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet de la demande de mesures provisionnelles, principalement à ce que la garde reste confiée à la mère et subsidiairement à la mise en place d'une garde partagée.

Le 9 mars 2017, elle a déposé sa réponse à la demande de divorce du 21 décembre 2016. L'assistance judiciaire requise lui a été refusée par décision du 10 mars 2017. Invitée par la Présidente à formaliser sa réponse, elle a conclu, le 20 mars 2017, notamment, à l'autorité parentale exclusive en sa faveur ainsi qu'à la garde, au versement par le père d'une contribution d'entretien par enfant constituée de CHF 598.25 correspondant à leur rente AVS pour enfant et de CHF 600.- à titre de frais de prise en charge, au versement en sa faveur d'une contribution d'entretien de CHF 1'200.- jusqu'à ce que leur fille cadette ait atteint l'âge de 18 ans révolus. Subsidiairement, elle a conclu à une garde partagée, à raison d'une semaine sur deux chez chacun des parents, au versement en faveur de chaque enfant d'une contribution d'entretien de CHF 600.-, correspondant aux frais de la prise en charge, et à une contribution d'entretien en sa faveur de CHF 1'200.- jusqu'à ce que leur fille cadette soit majeure. S'agissant du partage de la prévoyance professionnelle, elle a conclu au versement en sa faveur d'une équitable indemnité au sens de l'art. 124 CC correspondant à la moitié de la somme des avoirs LPP des parties.

Les 17 et 20 mars 2017, elle a modifié ses conclusions relatives aux mesures provisionnelles, concluant tout d'abord à ce que la garde lui soit attribuée, puis à ce qu'une garde partagée soit mise en place. Elle a notamment requis l'octroi d'une *provisio ad litem*.

Les parties ont comparu à l'audience du 20 mars 2017 sur les mesures provisionnelles. La tentative de conciliation a échoué. Le 2 juin 2017, B. \_\_\_\_\_ a déposé une détermination sur la réponse du 9 mars 2017.

Lors de l'audience du 8 juin 2017, la Présidente du Tribunal (ci-après : la Présidente) a suspendu la procédure de mesures provisionnelles au vu des pourparlers transactionnels engagés entre les parties. Par courriers des 4 et 11 septembre 2017, la Présidente a contacté la caisse de pension de B. \_\_\_\_\_ en vue d'obtenir des renseignements sur un partage de la rente de ce dernier. Le 22 septembre 2017, la caisse lui a répondu qu'il ne lui appartenait pas de procéder à ces calculs. Par courrier du 4 octobre 2017, la Présidente a invité les parties à procéder à ces calculs.

Le 13 juin 2018, A. \_\_\_\_\_, a produit une convention sur les effets accessoires du divorce, signée par les parties le 11 mai 2018, respectivement le 7 juin 2018, qui prévoit notamment un partage par moitié des avoirs LPP de l'époux, soit par un versement de CHF 205'000.- en faveur de l'épouse.

Les parties ont comparu à l'audience du 20 août 2018, à l'occasion de laquelle elles ont modifié le chiffre 7 de leur convention (domicile légal des enfants).

Par courrier du 19 septembre 2018, les parties ont produit un avenant à la convention de divorce qui modifie le montant de l'avoir LPP à verser en faveur de l'épouse, soit CHF 199'943.175.

Par courrier du 26 septembre 2018, la Présidente a informé les parties du fait que leur avenant concernant le partage des avoirs LPP ne pouvait être homologué et a fixé aux parties un délai pour procéder au calcul de la rente viagère dans le cadre d'un partage de la rente de l'époux.

Le 5 décembre 2018, B. \_\_\_\_\_ a conclu à ce que la rente viagère en faveur de son épouse soit fixée à CHF 358.-, tandis que celle-ci a conclu à ce que cette rente soit fixée à CHF 913.-, subsidiairement à CHF 918.- et plus subsidiairement à CHF 709.40. Les parties ont expressément renoncé à la tenue d'une audience relative au partage de la LPP.

C. Par jugement du 26 février 2019, le Tribunal a prononcé le divorce et a homologué l'essentiel de la convention sur les effets accessoires, soit notamment les points suivants :

L'autorité parentale est exercée conjointement, une garde alternée étant instaurée à raison d'une semaine sur deux ; le père contribue à l'entretien de chacun des enfants par le versement de la rente AVS qu'il perçoit pour eux et des allocations familiales et patronales, ce jusqu'à ce que la mère ait terminé sa formation, respectivement jusqu'à qu'elle ait trouvé un emploi, mais au plus tard jusqu'à fin mai 2020 ; par la suite, le père conservera les rentes AVS pour enfants, et la mère continuera à toucher les allocations familiales et patronales. Dès l'instauration de la garde alternée, B. \_\_\_\_\_ assume les frais courants de C. \_\_\_\_\_, notamment les activités scolaires. A. \_\_\_\_\_ assume quant à elle les frais courants de D. \_\_\_\_\_, ainsi que les primes d'assurance-maladie des deux enfants ; les frais extraordinaires des enfants sont répartis par moitié entre les parents. Les époux ont renoncé à toute contribution d'entretien entre eux. Le régime matrimonial a été liquidé, B. \_\_\_\_\_ versant une soulte de CHF 75'000.- à A. \_\_\_\_\_ pour solde de tout compte. Les parties ont expressément reconnu ne plus rien se devoir à titre de pensions alimentaires.

Le Tribunal a en revanche refusé de procéder au partage de la prévoyance professionnelle, estimant qu'il serait inéquitable

D. Le 29 mars 2019, A. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre le jugement précité. En bref, elle a contesté le refus du Tribunal de partager l'avoir de prévoyance professionnelle de son ancien époux, et a soutenu que ce refus lui permettait d'invoquer une erreur essentielle et de remettre ainsi en cause certains points de la convention.

Ainsi, à titre principal, elle a conclu, frais à la charge de l'intimé, à ce que celui-ci contribue à l'entretien de chacun des enfants par le versement de la rente AVS ainsi que d'un montant de CHF 250.- jusqu'à ce qu'elle ait terminé sa formation, respectivement trouvé un emploi, mais au plus tard jusqu'à fin mai 2020. Par la suite, l'intimé continuera à verser une contribution de CHF 250.- par enfant, la répartition des frais et allocations demeurant telle qu'homologuée. Elle a également conclu à ce qu'une contribution d'entretien en sa faveur de CHF 700.- lui soit allouée jusqu'à ce qu'elle ait terminé sa formation, respectivement trouvé un emploi, mais au plus tard jusqu'à fin mai 2020, puis de CHF 500.- jusqu'à la majorité de D. \_\_\_\_\_. Elle a en outre conclu au paiement d'arriérés de pensions pour un total de CHF 4'400.- pour la période de juin 2018 à avril 2019. S'agissant du partage de la prévoyance professionnelle, elle a conclu à ce que les avoirs LPP cotisés durant le mariage sont partagés par moitié, de sorte qu'ordre devait être donné à la caisse de pension de l'intimé de verser une rente viagère principalement de CHF 913.-, subsidiairement de CHF 918.-, plus subsidiairement de CHF 709.-.

A titre subsidiaire, elle a conclu à l'annulation de la décision et au renvoi de la cause aux premiers Juges pour nouvelle décision. Encore plus subsidiairement, elle a conclu à ce que la cause soit transmise à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal.

Sa requête d'assistance judiciaire a été admise par arrêt présidentiel du 17 avril 2019.

Le 28 mai 2019, l'intimé a déposé sa réponse, concluant au rejet de l'appel, frais et dépens à la charge de l'appelante.

Les avocats des parties ont déposé leurs listes de frais les 23 et 24 octobre 2019.

## **en droit**

1.

1.1. La ratification de la convention sur les effets accessoires peut être remise en cause dans le cadre d'un appel ou d'un recours, selon la valeur du litige, pour violation de l'art. 279 al. 1 CPC (arrêt TF 5A\_683/2014 du 18 mars 2015 consid. 6.1). L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance ainsi que contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de CHF 10'000.- au moins (art. 308 CPC).

Selon la jurisprudence cantonale, lorsque les parties remettent en cause une convention sur les effets accessoires ratifiée par le Tribunal dans le jugement de divorce, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions prises en deuxième instance (arrêt TC FR 101 2017 381 du 26 mars 2018 consid. 1.1. *in* RFJ 2018 p. 298), plus précisément la différence entre le montant de ces conclusions et celui convenu jusqu'alors et désormais contesté (BASTONS BULLETTI, CPC

online, newsletter du 31 janvier 2019; cf. ég. arrêt TC FR 101 2019 53 du 31 juillet 2019 consid. 1.1.2).

En l'espèce, l'appelante conteste certains points de la convention, notamment les contributions d'entretien pour les enfants, sa renonciation à toute contribution pour elle-même, ainsi que le fait que les parties n'ont plus aucune créance supplémentaire découlant de leur séparation. Elle conclut notamment à une augmentation mensuelle de CHF 250.- de la contribution de chacun des enfants et à l'octroi en sa faveur d'une contribution d'entretien de CHF 700.- jusqu'en mai 2020 au plus tard puis de CHF 500.-, jusqu'à la majorité de leur fille cadette en 2024 voire au-delà en cas de formation. Elle conclut également au partage de la prévoyance professionnelle, par moitié, par le versement d'une rente viagère de CHF 913.-. Ce point ne faisait toutefois pas l'objet de la convention, mais a été tranché par le Tribunal. Au vu des montants en jeu sur les différents points contestés et compte tenu de l'âge des enfants et de l'appelante ainsi que de la durée des contributions requises, la valeur litigieuse de CHF 10'000.- est manifestement atteinte, ouvrant la voie de l'appel.

La voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral est également ouverte (art. 51 et 74 al. 1 let. b LTF).

1.2. L'appel peut être formé pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 320 CPC).

1.3. Le délai d'appel de trente jours (art. 311 al. 1 CPC) a été respecté en l'occurrence, la décision attaquée ayant été notifiée à l'appelante le 27 février 2019 et l'appel déposé le 29 mars 2019.

1.4. L'instance d'appel peut statuer sur pièces (art. 316 al. 1 CPC).

2. En substance, l'appelante conteste le refus de partager les avoirs de prévoyance professionnelle. Elle explique en outre que la convention sur les effets accessoires homologuée dans le jugement, respectivement son accord à celle-ci, étaient conditionnés au partage de ces avoirs. Dans ses conclusions, elle requiert tant l'augmentation des contributions d'entretien pour les enfants et l'octroi d'une contribution pour elle-même que le partage de la prévoyance professionnelle au travers d'une rente viagère. On constate toutefois à la lecture de son appel qu'elle renoncera à certaines de ses conclusions d'appel, notamment l'augmentation des contributions d'entretien pour les enfants et l'octroi d'une contribution pour elle-même, s'il est finalement procédé au partage des avoirs de prévoyance (appel ch. 90 et 93). Ses conclusions seront interprétées sous cet angle.

3.

3.1. L'appelante se plaint tout d'abord d'une violation du principe de la bonne foi qualifiant le comportement de la Présidente de contradictoire (appel let. A p. 15) et requiert qu'il soit procédé au partage de la prévoyance au travers d'une rente. En substance, elle prétend que les parties, et en particulier elle, ont été confortées par la Présidente dans l'idée d'un partage des avoirs de prévoyance pendant deux ans, raison pour laquelle elle avait fait certaines concessions sur d'autres points de la convention, notamment en renonçant à une pension pour elle-même. Elle prétend que, sur requêtes de la Présidente, les parties ont dû procéder à certains calculs, produire un avenant et employer de l'énergie et des moyens dans la réalisation de ce partage.

Elle explique que, comme la convention dépendait du partage des avoirs de prévoyance professionnelle et que par ailleurs les montants des contributions se calquaient sur le montant de

la rente AVS pour enfant recalculée par la caisse de pension en cas de partage, elle ne l'aurait jamais signée si aucun partage n'avait eu lieu. Elle ajoute que les parties ont toujours conclu à un partage des avoirs LPP, par moitié et au minimum sous la forme d'une équitable indemnité, et qu'elles ont formalisé ce principe du partage dans la convention. Elle soutient que la Présidente les a encore confortées dans l'idée d'un partage après les avoir informées de l'impossibilité de suivre leur accord sur ce point, en leur demandant toutefois de chiffrer le montant de la rente viagère, alors qu'au final le Tribunal a simplement refusé de procéder au partage des avoirs LPP.

3.2. L'intimé soutient que les parties n'ont reçu aucune promesse formelle de l'autorité s'agissant du sort de leurs avoirs de prévoyance. Il rappelle que la Présidente les avait informées qu'un cas de prévoyance était survenu en raison de la retraite anticipée et que seul un partage au sens de l'art. 124a CC était envisageable, sans s'engager formellement à y procéder. L'intimé prétend que la convention ne dépendait pas du partage des avoirs de prévoyance, rappelant que l'appelante avait même demandé au Tribunal en décembre 2018 de procéder à l'homologation de la convention à l'exception du point concernant la prévoyance professionnelle.

3.3. Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi (art. 52 CPC). Cette disposition s'applique également aux juges.

Le principe de la bonne foi accorde notamment à une personne un droit à la protection de sa confiance fondée en un renseignement ou une assurance même inexacts de l'autorité. La condition en est que la personne qui se prévaut de la protection de la confiance ait pu légitimement se fier à ces indications et que sur leur fondement, elle ait pris des dispositions désavantageuses pour elle, sur lesquelles elle ne peut plus revenir. Il ne doit en outre pas s'être produit de changement dans l'ordre juridique depuis la communication de l'indication. Enfin, le principe de la bonne foi s'efface lorsque des intérêts publics prépondérants s'y opposent (ATF 137 I 69 consid. 2.5.1 / JdT 2011 I 111 ; 131 II 627 consid. 6.1; 129 I 161 consid. 4.1 / JdT 2004 I 725, chacun avec références).

La question de savoir si la bonne foi oblige le tribunal à prendre en considération une erreur de droit prétendue se résout selon qu'il a préalablement fait naître une confiance concernant le cas concret, sur laquelle le recourant pouvait légitimement compter (ATF 137 II 182 consid. 3.6.2; 131 II 627 consid. 6.1; 130 I 26 consid. 8.1 / JdT 2005 I 143; 129 I 161 consid. 4.1 / JdT 2004 I 725). Un avis qui n'émane pas d'une autorité (en l'espèce un commentaire du CPC) ne peut d'emblée pas fonder une confiance qui lierait l'autorité (arrêt TF 4A\_306/2013 du 31 juillet 2013 consid. 3.2).

Une autorité étatique ne peut donner une assurance et ainsi, fonder une confiance, qu'en rapport avec des droits et obligations qui relèvent aussi du pouvoir de disposer de la collectivité. L'entretien après divorce concerne les rapports de droit privé entre les époux divorcés. En conséquence, un tribunal [en l'espèce, le juge de la modification du jugement de divorce] ne peut donner d'assurance à un époux en ce qui concerne la durée de cette obligation d'entretien (arrêt TF 5A\_510/2016 du 31 août 2017 consid. 5.2.).

3.4. En l'espèce, la jurisprudence a exclu qu'une quelconque assurance puisse être donnée en ce qui concerne les rapports de droit privé entre les époux divorcés. Les effets accessoires du divorce en font partie. Le grief de l'appelante est ainsi infondé.

4. L'appelante se plaint d'une constatation manifestement inexacte des faits. Elle soutient que le Tribunal n'a pas correctement établi la situation financière de l'intimé, lorsqu'il a retenu que celui-ci, à la retraite depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2018, percevait une rente AVS de CHF 2'350.- et une rente vieillesse 2<sup>ème</sup> pilier de CHF 1'996.85. Selon elle, cette dernière rente s'élève à

CHF 2'991.30. L'intimé confirme ce dernier montant (réponse p. 4 ad B), également établi par les pièces 40 et 43 de son bordereau. Il en sera tenu compte. Ainsi, la situation financière de l'intimé peut être arrêtée comme suit : CHF 2'350.- de rente vieillesse 1<sup>er</sup> pilier et CHF 2'991.50 de rente vieillesse 2<sup>ème</sup> pilier, soit un total de CHF 5'341.50, hors rente pour enfant.

5.

5.1. L'appelante se plaint d'une violation du droit et d'une constatation manifestement inexacte des faits, reprochant au Tribunal d'avoir considéré qu'un partage des avoirs de prévoyance serait inéquitable. Elle soutient qu'elle ne pourra jamais obtenir un travail à 100% dans le domaine social, ce dont le Tribunal n'a pas tenu compte en retenant qu'elle pourrait obtenir un salaire de CHF 5'370.- à 100% une fois que leur fille cadette aura 16 ans. Le Tribunal a également passé sous silence les raisons pour lesquelles elle a dû entamer des études tardivement (interruption de ses études sur promesse et requête de l'intimé pour le suivre en Suisse puis pour s'occuper de leurs enfants). Elle fait valoir que les frais de formation payés par l'autre époux relève de l'entretien convenable de la famille. Ne pouvant travailler à temps complet, elle prétend qu'elle ne pourra cotiser que 28 ans sur un salaire maximum de CHF 4'300.- alors que le salaire de l'intimé était de CHF 10'000.-. Comme ses avoirs de prévoyance s'élèvent actuellement à CHF 500.-, sa prévoyance reste entièrement à faire et n'atteindra ainsi jamais le capital accumulé par l'intimé. Elle se fonde en outre sur les projections de la caisse de pension faites en 2016 qui tenaient compte d'un partage par moitié (pièce 12 bordereau intimé) et conclut à ce partage par moitié, par le biais du versement d'une rente viagère de CHF 913.- à titre principal. Elle estime que, même en cas de partage et donc de diminution des rentes perçues par l'intimé, ce dernier ne sera pas spécialement désavantagé puisqu'après paiement de ses charges, son disponible sera toujours plus élevé que le sien. Elle prétend que la soulte de CHF 75'000.- qu'elle percevra à titre de liquidation du régime matrimonial sera utilisée pour ses frais d'avocat, ce dont l'autorité de première instance n'a pas tenu compte.

5.2. En substance, l'intimé prétend que c'est à raison que le Tribunal a dérogé au principe du partage. Il soutient que l'appelante, au bénéfice d'une formation et d'un salaire convenable, aura largement le temps vu son âge de se constituer un avoir de prévoyance adéquat.

5.3. Dans le jugement attaqué (consid. 3.5.), le Tribunal a rappelé que les parties s'étaient accordées sur un partage par moitié des avoirs de prévoyance de l'époux, soit d'un montant de CHF 199'943.175 en faveur de l'épouse (ch. 17 de la convention modifié par l'avenant signé les 17 et 19 septembre 2018), que la caisse de prévoyance de l'intimé avait indiqué par courrier du 7 septembre 2018 que son calcul précédemment effectué était caduc et que seule la rente pouvait être partagée et que les parties ne s'étaient toutefois pas accordées sur le montant de la rente viagère. Il a indiqué que les avoirs de prévoyance accumulés durant le mariage s'élevaient à CHF 399'886.35 pour l'époux et à CHF 511.15 pour l'épouse. Il a constaté que les époux, nés en 1953 et 1982, avaient une différence d'âge de 29 ans et a estimé que cette différence d'âge expliquait la différence entre leurs avoirs de prévoyance respectifs.

Le Tribunal a ensuite examiné la situation économique des époux. Pour l'intimé, il a retenu qu'il percevait des rentes vieillesse pour un montant total de CHF 4'346.85 et que ce montant diminuerait en cas de partage de ses avoirs de prévoyance. S'agissant de l'épouse, il a retenu qu'elle était en dernière année de formation et qu'elle travaillait à 70% pour un revenu net de CHF 3'759.15. Les enfants étant âgés de 15 et 12 ans, il a considéré qu'elle pourrait travailler à temps complet dès la fin de sa formation, respectivement dès les 16 ans de la fille cadette, ce qui portera son revenu net à CHF 5'370.-, voire plus dès l'obtention de son diplôme. Elle avait ainsi

environ 28 ans pour se constituer une prévoyance professionnelle et, de l'avis du Tribunal, ses revenus dépasseront ceux de son époux d'ici quelques années. Il a rappelé que c'était en grande partie grâce aux contributions d'entretien versées par son époux qu'elle avait pu financer sa formation. Le Tribunal a aussi pris en compte sa part de CHF 75'000.- qu'elle va percevoir à titre de liquidation du régime matrimonial, précisant que l'intimé a dû augmenter sa dette hypothécaire sur son appartement pour la financer puisqu'il n'a pas d'autre fortune.

Au vu de tous ces éléments (revenus plus élevés à terme de l'épouse, formation adéquate, CHF 75'000.-, différence d'âge, 28 ans pour se constituer une prévoyance), le Tribunal a estimé qu'un partage des avoirs de prévoyance serait inéquitable et y a renoncé.

5.4. A teneur de l'art. 7d al. 1 Tit. fin. CC relatif au traitement de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, le traitement de la prévoyance professionnelle en cas de divorce est régi par le nouveau droit dès l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 (cf. RO 2016 2313; FF 2015 4437) et la procédure de première instance encore pendante à ce moment y était ainsi soumise. C'est à juste titre que le Tribunal a appliqué le nouveau droit à la question du partage de la prévoyance professionnelle des époux.

5.5.

5.5.1. Selon l'art. 122 CC, les prétentions de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce sont partagées entre les époux. La date déterminante pour le partage de la prévoyance professionnelle est celle de l'introduction de l'action en divorce, de sorte que les prestations de sortie accumulées durant la procédure de divorce ne sont plus partagées (arrêt TF 5A\_14/2019 du 9 avril 2019 consid. 3). L'art. 274 CPC détermine le moment de l'introduction de la procédure de divorce.

Selon l'art. 123 CC, les prestations de sortie acquises, y compris les avoirs de libre passage et les versements anticipés pour la propriété du logement, sont partagées par moitié. L'art. 123 CC s'applique lorsque la procédure de divorce est introduite sans qu'un cas de prévoyance (vieillesse ou invalidité) ne soit réalisé chez le conjoint dont la prévoyance doit être partagée. Il l'est aussi lorsqu'un cas de prévoyance survient alors que la procédure de divorce est pendante (arrêt TF 5A\_94/2019 du 13 août 2019 consid. 5.3 et les références.).

5.5.2. L'art. 124a CC règle les situations dans lesquelles, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, l'un des époux perçoit une rente d'invalidité alors qu'il a déjà atteint l'âge réglementaire de la retraite ou perçoit une rente de vieillesse. Dans ces situations, il n'est plus possible de calculer une prestation de sortie, de sorte que le partage devra s'effectuer sous la forme du partage de la rente (ATF 145 III 56 consid. 5.1). Le fait que la loi se réfère au fait de percevoir une rente implique que le cas de prévoyance doit aussi être considéré comme survenu si l'époux concerné bénéficie d'une retraite anticipée (DUPONT, Les nouvelles règles sur le partage de la prévoyance en cas de divorce, *in* Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, 2016. p. 62 n. 29). Dans les cas de 124a CC, le juge détermine les modalités du partage (al. 1) et une fois que la part de la rente à partager est déterminée, celle-ci est convertie en rente viagère (al. 2).

5.5.3. En l'occurrence, la procédure en divorce a été introduite par la requête unilatérale de divorce du 12 septembre 2016 (cf. art. 274 CPC). Au moment de l'introduction de la procédure de divorce, aucun cas de prévoyance n'était survenu, puisque l'intimé a pris sa retraite anticipée le 1<sup>er</sup> janvier 2017. Ainsi, en principe, le partage des avoirs de prévoyance des époux acquise durant le mariage



et jusqu'à l'introduction de la procédure de divorce serait donc soumis à l'art. 123 CC et non aux art. 124a ou 124e CC.

5.6. Se pose la question de savoir ce qu'il se passe lorsqu'un cas de prévoyance survient en cours de procédure pour le conjoint débiteur, comme en l'espèce, l'intimé ayant pris une retraite anticipée postérieurement à l'introduction de la procédure de divorce. Une telle situation a ceci de particulier que le partage sera effectué sur la base d'un état de fait qui n'existera plus au moment où le jugement de divorce entrera en force et où l'institution de prévoyance devra exécuter le partage (DUPONT, p. 100 n. 139). La survenance d'un cas de prévoyance « vieillesse » a été réglé par l'art. 19g al. 1 de l'ordonnance sur le libre passage (RS 831.425 ; OLP). Cette disposition prévoit que si le conjoint débiteur atteint l'âge de la retraite pendant la procédure de divorce, l'institution de prévoyance peut réduire la prestation de sortie à partager au sens de l'art. 123 CC ainsi que la rente de vieillesse. La réduction correspond au maximum au montant dont auraient été amputées les prestations jusqu'à l'entrée en force du jugement de divorce si leur calcul s'était basé sur l'avoir diminué de la part transférée de la prestation de sortie. Le montant équivalent à la réduction est partagé par moitié entre les deux conjoints (sur le sujet et pour un exemple précis : cf. Commentaire des modifications de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivant et invalidité (OPP2) dans le cadre de la révision du code civil relative au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce du 10 juin 2016, p. 18 ; arrêt TF 5A\_94/2019 du 13 août 2019 consid. 5.3 et les références). A noter que l'art. 19g al. 1 OLP n'a aucune incidence sur le principe du partage ou la manière d'y procéder.

5.7. L'art. 124b CC règle les conditions auxquelles le juge ou les époux peuvent déroger au principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle prévu à l'art. 123 CC, étant précisé que cette dernière disposition s'applique également lorsque, comme ici, un cas de prévoyance (vieillesse ou invalidité) survient alors que la procédure de divorce est pendante (arrêt TF 5A\_153/2019 du 3 septembre 2019 consid. 6.3.2.). Si le conjoint débiteur atteint l'âge de la retraite pendant la procédure de divorce, l'institution de prévoyance peut toutefois réduire la prestation de sortie à partager au sens de l'art. 123 CC, ainsi que la rente vieillesse (arrêt 5A\_94/2019 du 13 août 2019 consid. 5.3 et les références, ci-dessus).

Selon l'art. 124b al. 2 CC, le juge attribue moins de la moitié de la prestation de sortie au conjoint créancier ou n'en attribue aucune pour de justes motifs. Tel est en particulier le cas quand le partage par moitié s'avère inéquitable - et non plus manifestement inéquitable, ceci afin de laisser une plus grande marge d'interprétation au juge - en raison de la liquidation du régime matrimonial ou de la situation économique des époux après le divorce (ch. 1) ou des besoins de prévoyance de chacun des époux, compte tenu notamment de leur différence d'âge (ch. 2). Le texte de l'art. 124b al. 2 CC prévoit ainsi la possibilité pour le juge de s'écarter du principe par moitié pour de justes motifs et mentionne deux catégories d'exemples à ses chiffres 1 et 2, sans toutefois préciser plus avant cette notion (ATF 145 III 56 consid. 5.3.2).

Comme le législateur l'a expressément souligné à l'art. 124b al. 2 ch. 2 CC, il peut être justifié de déroger au principe du partage par moitié lorsqu'il existe une grande différence d'âge entre les époux, afin de tenir compte de la situation du conjoint qui, du fait d'un âge plus avancé et de la progressivité des cotisations, a accumulé des prétentions de prévoyance beaucoup plus importantes durant le mariage. Dans le cadre des travaux parlementaires, cette différence d'âge a été illustrée en prenant l'exemple de conjoints ayant au moins vingt années d'écart entre eux. La doctrine situe elle aussi la différence pertinente aux alentours de vingt ans. Sous l'angle des besoins de prévoyance, le partage est inéquitable lorsque l'un des époux subit des désavantages flagrants par rapport à l'autre conjoint. Une exception au partage par moitié en raison de la

différence d'âge ne peut dès lors être admise que si les époux ont des revenus et des perspectives de prestations de vieillesse futures comparables. L'art. 124b CC est une disposition d'exception, qui ne doit pas vider de sa substance le principe du partage par moitié de la prévoyance professionnelle (pour tout le paragraphe arrêt TF 5A\_153/2019 du 3 septembre 2019 consid. 6.3.2. et les références citées).

Constitue également un juste motif le fait pour un époux d'avoir gravement violé son obligation de contribuer à l'entretien de la famille (ATF 145 III 56 consid. 5.3.2).

S'agissant du partage des prestations de sortie, la maxime inquisitoire est applicable selon l'art. 277 CPC. Il en va en outre de même, au moins dans une certaine mesure, de la maxime d'office (CR CPC-TAPPY, 2019, art. 280 n. 8).

5.8. En l'espèce, il ressort du dossier que les parties étaient dans un premier temps parvenues à un accord tendant au partage par moitié de l'avoir de prévoyance de l'intimé, par le versement d'un montant de CHF 199'943.175 en faveur de l'appelante (convention signée le 11 mai et 7 juin 2018, avenant du 15 et 19 septembre 2018). Par courrier du 26 septembre 2018, se ralliant à l'avis de la caisse de pension selon laquelle seul un partage de la rente pouvait intervenir au vu de la retraite anticipée de l'intimé, la Présidente a indiqué qu'il ne serait pas possible d'homologuer l'accord des parties tel que formulé et les a invitées à chiffrer le montant de la rente viagère au sens de l'art. 124a al. 2 CC. Son avis procédait toutefois d'une erreur de droit puisqu'un partage par moitié demeurait légalement possible (cf. ci-dessus consid. 5.5.3.). Cela étant, le Tribunal a ensuite refusé le partage pour d'autres motifs, puisqu'il a estimé qu'un partage serait inéquitable au sens de l'art. 124b al. 2 CC. C'est bien cette question qui est soumise à la Cour.

Du dossier il ressort les faits suivants. L'écart d'âge entre les époux est très important (29 ans). L'intimé, aujourd'hui âgé de 66 ans, a travaillé à 100% pour un salaire d'environ CHF 10'000.- avant de prendre sa retraite anticipée en janvier 2017 et a ainsi accumulé un avoir de prévoyance durant le mariage particulièrement important en raison de son âge avancé et de la progressivité des cotisations, correspondant environ au 2/3 de son avoir total (environ CHF 400'000.- sur 600'000.-, cf. pièce 44 bordereau appelante). La situation financière de l'époux telle qu'arrêtée par le Tribunal a fait l'objet d'une critique fondée (cf. ci-dessus consid. 4). Il perçoit ainsi des rentes vieillesse AVS (2'350.-) et LPP (2'991.30) d'un montant total de CHF 5'341.50, hors rente pour enfant.

Quant à l'appelante, âgée de 21 ans au moment du mariage et sans formation particulière, elle a suivi l'intimé en Suisse. Les époux ont rapidement eu deux enfants et l'appelante n'a pas travaillé pour s'en occuper, ce qui relève d'un choix de couple. Son avoir de prévoyance durant le mariage s'élève à CHF 511.15 (pièce annexée au courrier du 31 août 2017). Actuellement, âgée de 37 ans, elle travaille à 70% comme assistante sociale pour un salaire qu'elle indiquait à CHF 3'759.15 en audience du 20 août 2018 ; l'intimé prétend que son salaire s'élève à CHF 4'100.- selon les dernières fiches de salaire 2019 produites en appel. On constate que son salaire mensuel net a effectivement augmenté depuis lors, notamment eu égard à la classe de traitement qui a changé. Contrairement à ce qu'elle soutient, il n'est pas impossible d'obtenir un travail à temps complet dans le domaine social, preuve en est les pièces produites en appel par l'intimé. A tout le moins elle pourrait obtenir un temps complet en cumulant si nécessaire deux emplois. C'est ainsi, à juste titre que le Tribunal a retenu qu'elle pourrait travailler à temps complet dès les 16 ans de leur fille cadette pour un revenu net de CHF 5'370.-, calculé en fonction du salaire annoncé en 2018, le portant ainsi à CHF 5'857.15 pour un temps complet, voire plus dès lors qu'elle a augmenté de classe salariale en 2019 (cf. salaires produits en appel). Ces montants seront encore susceptibles

d'augmenter avec la prochaine obtention de son diplôme. Ainsi, ses perspectives de se constituer un avoir de prévoyance adéquat sont considérables et elle dispose encore de 28 ans pour le faire. En outre, au vu de l'âge des enfants, elle retrouvera rapidement une pleine capacité financière. Les raisons ayant présidé au fait qu'elle n'a pas entamé de formation plus rapidement n'ont aucune importance à ce stade. L'appelante obtient également une soulte de CHF 75'000.- dans la liquidation du régime matrimonial. Elle soutient que ce montant ne pourra pas être affecté à sa prévoyance puisqu'elle va s'acquitter des honoraires de son avocat. Toutefois ce qu'elle entend en faire importe peu, étant précisé qu'au stade de l'appel elle a obtenu l'assistance judiciaire, et qu'il apparaît pour le moins surprenant que la procédure de divorce en première instance ait entraîné des honoraires d'avocat avoisinant les CHF 75'000.-.

Si un partage par moitié était ordonné, la rente vieillesse LPP de l'intimé subirait une diminution d'environ CHF 1'000.-, soit de CHF 2'991.30 à CHF 1'996.85 (pièce 44 bordereau appelante). A cet égard, il est précisé que selon cette pièce, les calculs effectués par la caisse de pension en 2016 se fondaient sur un partage par moitié des avoirs de prévoyance sans tenir compte, toutefois, de la retraite anticipée de l'intimé. Or, ce partage étant légalement en principe possible contrairement à l'avis de la caisse et s'il devait être ordonné, celle-ci pourrait encore davantage réduire la rente conformément à l'art. 19g al. 1 OLP, ceci afin de tenir compte du fait que durant la procédure de divorce, l'intimé a reçu une rente calculée sur des avoirs de prévoyance avant partage. Le montant exact de la réduction supplémentaire n'est toutefois pas connu. Ainsi, on constate qu'au vu des montants actuels des rentes (CHF 2'350 + CHF 2'991.30), un partage de l'avoir de l'intimé aurait un impact considérable eu égard de la réduction qui serait opérée sur la rente LPP, portant ainsi ses ressources financières aux alentours des CHF 4'000.-, voire moins. Rappelons également que l'intimé, à la retraite, contrairement à l'appelante, n'a aucune perspective de voir son capital de prévoyance augmenter et qu'il n'a aucune fortune en dehors de son appartement grevé d'une dette hypothécaire qu'il a dû augmenter afin de financer la soulte.

Ainsi, l'important écart d'âge, l'actuel travail de l'appelante, sa formation adéquate, ses perspectives convenables de se constituer un avoir de prévoyance durant 28 ans, la soulte de CHF 75'000.- à titre de liquidation du régime matrimonial et le fait que ses revenus vont très certainement dépasser le montant des rentes actuelles de l'intimé sont autant d'éléments qui plaident en défaveur d'un partage. S'y ajoute l'impact conséquent qu'aurait un partage sur les ressources financières de l'intimé. Il s'ensuit que c'est à juste titre que le Tribunal a considéré qu'un partage des avoirs de prévoyance de l'intimé se révélerait inéquitable.

6. Dès lors que le refus du partage LPP est confirmé, il convient d'examiner les conclusions de l'appelante tendant à la modification des chiffres 8, 9 (contributions enfant), 12 (renonciation à contribution entre époux) et 16 de la convention homologuée.

6.1. A. \_\_\_\_\_ soutient que la convention sur les effets accessoires homologuée dans le jugement, respectivement son accord à celle-ci, étaient conditionnés au partage des avoirs de prévoyance. Cela ressort selon elle expressément de la convention et des montants des contributions d'entretien calqués sur le montant de la rente pour enfant recalculée par la caisse de pension en cas de partage. Consciente qu'un partage de la prévoyance de l'intimé aurait diminué sa rente et aurait ainsi détérioré sa situation financière, elle avait accepté les pensions proposées pour les enfants et renoncé à une contribution pour elle-même. Elle expose qu'elle n'aurait jamais signé la convention si aucun partage n'avait eu lieu. Elle prétend que l'intimé a un disponible supérieur à celui calculé dès lors que sa situation financière a mal été établie par le Tribunal, son disponible s'élevant ainsi à CHF 2'812.20 alors que le sien est de CHF 660.35.

Ainsi, elle requiert en cas de non-partage de la LPP que l'intimé soit astreint à payer à chacun des enfants un montant de CHF 250.- en sus de la rente qui leur est destinée, les allocations familiales et patronales étant acquises à l'appelante qui paiera les primes d'assurance, chacun des parents assumant les frais courants d'un des enfants, ceci jusqu'à la fin de la formation de l'appelante/et ou jusqu'à ce qu'elle ait trouvé un emploi lui permettant de subvenir seule à son entretien mais au plus tard jusqu'à fin mai 2020 ; passé cette période, elle conclut à une contribution de CHF 250.- par enfant, le père gardant les rentes pour enfant, elle les allocations familiales et patronales, chacun des parents assumant les frais courants d'un des enfants et l'appelante s'acquittant des primes d'assurance. Pour cette première période (jusqu'à la fin de sa formation), elle conclut à une contribution pour elle-même de CHF 700.-, puis de CHF 500.- jusqu'à la majorité de leur fille cadette sous réserve de l'art. 272 CC.

6.2. L'intimé rappelle que l'appelante devait terminer initialement sa formation en août 2018, ce qui lui aurait permis d'avoir plus rapidement un disponible important, mais qu'elle en a ensuite modifié les modalités, ce qui a eu comme conséquence un rallongement de ses études. Il expose également qu'un partage de la LPP aurait engendré une augmentation non négligeable du coût d'entretien des enfants vu que leur rente aurait été réduite et que l'appelante aurait ainsi vu sa participation à ce coût augmenter. Il conteste que la convention dépendait du partage de la LPP et prétend que les rentes des enfants, ainsi que les allocations familiales couvrent largement leurs coûts, rappelant que ces rentes et allocations sont intégralement versées à l'appelante jusqu'à la fin de sa formation selon le jugement. Pendant sa formation, elle disposera ainsi d'environ CHF 6'000.- pour elle et les enfants, qu'elle aura une semaine sur deux. En outre, il prétend que l'appelante est aisément en mesure de pourvoir à ses besoins de sorte qu'aucune pension ne doit lui être attribuée. Enfin, tout en soulevant l'irrecevabilité de ces faits au vu de leur allégation tardive, il conteste que les arriérés des pensions dues aux enfants relèvent de la liquidation du régime matrimonial.

6.3.

6.3.1. L'art. 279 CPC reprend en substance l'art. 140 aCC. Aux termes du premier alinéa de cette disposition, le tribunal ratifie la convention sur les effets du divorce après s'être assuré que les époux l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète, et qu'elle n'est pas manifestement inéquitable. La ratification est ainsi subordonnée à cinq conditions : la mûre réflexion des époux, leur libre volonté, le caractère clair de la convention, son caractère complet et l'absence d'une inéquité manifeste. La ratification de la convention peut être remise en cause dans le cadre d'un appel ou d'un recours, selon la valeur du litige, pour violation de l'art. 279 al. 1 CPC, et non seulement pour vices du consentement comme c'est le cas de la décision sur le prononcé du divorce lui-même (art. 289 CPC ; arrêt TF 5A\_74/2014 du 5 août 2014 consid. 2 et références citées). Dans le cadre de l'appel contre une décision de divorce et ses effets – même résultant d'une convention des parties –, la juridiction de deuxième instance peut substituer à celle du premier juge sa propre appréciation sur l'admissibilité de l'accord des parties en refaisant les contrôles de la convention requis par les art. 279 ss CPC et ainsi réparer un éventuel défaut d'examen (arrêt TF 5A\_683/2014 du 18 mars 2015 consid. 6.1 et références citées).

Selon l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle. L'art. 24 al. 1 CO précise que l'erreur est essentielle, notamment: lorsque la partie qui se prévaut de son erreur entendait faire un contrat autre que celui auquel elle a déclaré consentir (ch. 1); lorsqu'elle avait en vue une autre chose que celle qui a fait l'objet du contrat, ou une autre personne et qu'elle s'est engagée principalement en considération de cette

personne (ch. 2); lorsque la prestation promise par celui des contractants qui se prévaut de son erreur est notablement plus étendue, ou lorsque la contre-prestation l'est notablement moins qu'il ne le voulait en réalité (ch. 3); lorsque l'erreur porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat (ch. 4).

L'erreur qui constitue un obstacle à la ratification est l'erreur essentielle au sens de l'art. 23 CO (...). Dans le domaine des transactions judiciaires et extrajudiciaires, dont font partie les conventions sur les effets accessoires du divorce, les art. 23 ss CO s'appliquent avec des restrictions. La transaction est conclue pour mettre définitivement fin au litige et aux incertitudes existantes moyennant des concessions réciproques, soit précisément pour éviter un examen complet des faits et de leur portée juridique. Ainsi, une contestation ultérieure pour cause d'erreur sur les points contestés et incertains -soit en raison de l'état de fait lui-même, soit en raison de l'application du droit- au moment de la conclusion (*erreur sur le caput controversum*) est exclue lorsque ceux-ci sont avérés plus tard, car sans cela on remettrait en cause précisément les questions qui avaient déterminé les intéressés à transiger. Ainsi, l'erreur entachant la convention sur les effets accessoires du divorce ne doit être prise en considération que lorsque les parties se sont fondées sur un état de fait déterminé qui s'est révélé inexact par la suite ou lorsque l'une d'elles a tenu par erreur, connue de l'autre, un fait déterminé comme établi. L'erreur doit ainsi toujours concerner un fait que les parties considéraient comme donné. En revanche, l'erreur portant sur un point qui a précisément fait l'objet de la transaction, c'est-à-dire l'erreur sur l'objet même de la transaction (*caput controversum*) ne peut être invoquée. Même si la question incertaine réglée par la convention devait se résoudre par la suite, elle ne saurait conduire à l'annulation de la transaction pour cause d'erreur puisque, précisément, la transaction avait pour but de renoncer à résoudre cette question (arrêt TF 5A\_187/2013 du 4 octobre 2013 consid. 6, 7.1, 7.3).

6.3.2. La convention sur les effets du divorce ne peut pas être modifiée par le juge. Ce dernier ne peut que la ratifier, totalement ou partiellement (cf. sous l'art. 158 ch. 5 aCC, ATF 93 II 156 consid. 7, JdT 1969 I 187, SJ 1968, 30), ou alors, selon la procédure cantonale, la renvoyer aux parties (arrêt TF 5C.114/2003 du 4 février 2003 consid. 5, JdT 2004 I 407).

Lorsque le Tribunal considère que certains éléments de la convention ne peuvent être ratifiés, par exemple une contribution d'entretien entamant le minimum vital du débirentier ou une renonciation au partage de la prévoyance professionnelle inéquitable, il doit interpeller les parties à cet égard et les amener, dans la mesure du possible, à trouver un nouvel arrangement qui puisse être ratifié par ses soins. A défaut, le juge doit attirer l'attention des parties sur la suite de la procédure (art. 288 al. 2 CPC ; DIETSCHY-MARTENET, Commentaire pratique CPC, art. 288, n. 5).

6.4. La Cour se limitera à examiner s'il existe des motifs justifiant un refus de ratification. Il ne s'agit dès lors pas pour l'autorité d'appel de réexaminer et, le cas échéant, de modifier les effets du divorce selon sa propre appréciation. Elle peut en revanche, le cas échéant, substituer à celle du premier juge sa propre appréciation sur l'admissibilité de l'accord des parties en refaisant les contrôles de la convention requis par l'art. 279 CPC.

6.4.1. En l'espèce, la procédure a été initiée par une requête unilatérale puis les parties ont, en audience du 8 juin 2017, entamé des discussions transactionnelles et ont fait protocoler au procès-verbal un « possible accord » prévoyant notamment que « les avoirs LPP cotisés durant le mariage sont partagés selon l'art. 124a CC ». La Présidente s'est adressée à la caisse de pension pour obtenir les informations nécessaires à ce partage de rente (courriers des 4 et 11 septembre

2017). La caisse de pension a toutefois refusé de faire les calculs (courrier du 29 septembre 2017). Les parties ont ensuite été invitées à procéder à ces calculs.

Le 13 mai 2018, les parties ont finalement conclu une convention totale sur le principe du divorce et tous les effets accessoires, dont le chiffre 17 portait initialement sur un partage des avoirs LPP par moitié conformément aux art. 122ss CC, soit par le versement d'un montant de CHF 205'000.- à l'épouse. L'intimé a produit un courrier du 7 septembre 2018 de sa caisse de pension qui indiquait qu'au vu de la retraite anticipée, seul un partage de la rente semblait possible. Les parties ont modifié le montant à partager à CHF 199'943.175, par un avenant signé les 15 et 17 septembre 2018, tout en précisant que « *après mûre réflexion, (elles) se sont mises d'accord en ce qui concerne le partage LPP et sont d'avis que lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu mais que l'assuré n'a pas encore atteint l'âge réglementaire de la retraite, il y a lieu d'appliquer l'art. 124 al. 1 CC et par analogie l'art. 122ss CC* ». Le 26 septembre 2018, la Présidente les a informées que cet avenant ne pouvait être homologué dès lors qu'aucun partage par moitié ne pouvait avoir lieu en raison de la retraite anticipée de l'époux équivalant à la survenance d'un cas de prévoyance. Rappelant que dans ces conditions la part de rente attribuée au conjoint créancier devait être convertie en rente viagère selon l'art. 124a al. 2 CC, elle a enjoint les parties à procéder à ce calcul, ce que les parties ont fait par courrier séparé du 5 décembre 2018 avec des conclusions divergentes.

L'appelante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient qu'un partage des avoirs de prévoyance par moitié tel que prévu initialement dans la convention déterminait à ce point son accord sur l'entier de la convention. En effet, si tel avait été le cas, elle aurait dû le formuler clairement, à partir du moment où la Présidente les a informées le 26 septembre 2018 que le partage par moitié prévu dans la convention ne pouvait être homologué. Le fait que l'appréciation juridique de la Présidente était erronée n'y change rien ; ce qui importe à ce stade est que les parties, assistées de mandataires professionnels, savaient que la convention ne serait pas homologuée sur ce point, la caisse de pension n'ayant en outre pas attesté le caractère réalisable de l'accord condition pourtant nécessaire à une éventuelle homologation (cf. art. 280 al. 1 let. a CPC ; pièce 41 bordereau intimé). Les parties, toujours assistées de leurs mandataires respectifs, ont alors pris des conclusions divergentes sur le montant de la rente à partager, sans formuler aucune autre réserve. Par courrier du 10 décembre 2018, la Présidente a, à nouveau, indiqué aux parties que l'avenant à la convention ne pouvait être homologué. En connaissance de cause, l'appelante a persisté à demander à la magistrate, par courrier du 14 décembre 2018, d'homologuer les autres points de la convention sous réserve du point litigieux relatif à la LPP et les parties ont renoncé à la tenue d'une audience sur ce dernier point.

De plus, on ne perçoit pas le lien entre le fait que l'appelante s'attendait à obtenir des avoirs de prévoyance qui auraient eu des effets sur sa situation financière dans environ 28 ans et une contribution pour elle-même qui aurait été, quoi qu'il en soit, fortement limitée dans le temps, soit jusqu'au moment où on pourrait exiger d'elle qu'elle travaille à temps complet (16 ans de la cadette). A ce moment, ses revenus avoisineront ceux perçus par l'intimé, respectivement deviendront supérieurs vu le nombre important d'années d'activité professionnelle qui lui restent. Ainsi, la contribution après divorce étant régie par la maxime de disposition, la renonciation à toute pension en sa faveur n'est pas manifestement inéquitable.

S'agissant de la contribution supplémentaire requise pour les enfants, il faut relever que la convention homologuée par le Tribunal prévoit que, dans un premier temps, l'intimé contribuera à l'entretien de chacun de ses enfants « par le versement de la rente qu'il perçoit » sans en chiffrer le montant dans son dispositif. Dès lors que la prévoyance de l'intimé ne sera pas partagée, la

rente des enfants ne sera pas non plus réduite et s'élèvera actuellement à CHF 598.25 au lieu des CHF 399.35 projetés en cas de partage par moitié (annexe au courrier du 20 février 2017). Lorsque le Tribunal a examiné la convention, en particulier sur ce point, il a pris en compte une rente réduite et les faits suivants, non contestés à l'exception des revenus de chacune des parties. Il a estimé le disponible de l'intimé avant impôt à CHF 1'817.55. Ce montant sera revu suite à la critique fondée de l'appelante (cf. ci-dessus 4), et s'élève en fait à CHF 2'812.20 (5'341.50-2'529.30). Le disponible de l'appelante a été arrêté à CHF 660.30. Le coût des enfants, non contesté, a été arrêté à CHF 1'1178.70, montant duquel il faut déduire les allocations familiales et patronales de CHF 350.- et la rente de CHF 598.25. Ainsi, le coût d'entretien qui reste à la charge des parents s'élève à CHF 230.45. Vu leur disponible respectif, la répartition entre les parents ne se révèle pas inéquitable, ce d'autant plus que l'appelante perçoit les rentes destinées aux enfants et les allocations alors qu'elle a la garde des enfants une semaine sur deux. A cela s'ajoute que son disponible augmentera lorsqu'elle travaillera à temps complet. Aussi, la part de l'entretien qu'elle devrait prendre en charge si la rente devait diminuer ensuite d'un partage de la LPP serait plus grande qu'actuellement. Dans ces conditions, sa critique se révèle infondée.

Enfin, s'agissant du chiffre 16 de la convention prévoyant que les parties n'ont plus aucune prétention entre elles ensuite de leur séparation, ce point ne concerne pas les arriérés de pensions pour les enfants. Cela étant, l'appelante perd de vue que l'autorité d'appel ne peut pas modifier la convention comme elle le souhaiterait en y intégrant la créance qu'elle invoque, mais seulement substituer sa propre appréciation sur les conditions ayant présidé à la ratification de la convention par les premiers juges. Pour autant que pertinents ces éléments sont de toute façon irrecevables car invoqués tardivement au stade de l'appel.

6.4.2. Au vu de ce qui précède, l'appelante ne se trouvait pas dans une erreur essentielle lui permettant de revenir sur la convention conclue, celle-ci ne paraissant au surplus pas inéquitable. Son grief est ainsi infondé.

6.5. Il s'ensuit le rejet de l'appel.

7.

7.1. Les frais comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC). Ils sont mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC). En l'espèce, l'appelante supportera l'entier des frais de la procédure d'appel, sous réserve de l'assistance judiciaire qui lui a été accordée.

7.2. En application des art. 95 al. 2 let. b CPC et 10 ss du Règlement sur la justice du 30 novembre 2010 [RJ; RSF 130.11], les frais judiciaires dus à l'Etat pour la présente procédure seront fixés à CHF 1'500.-.

7.3. Selon l'art. 105 al. 2 CPC, le tribunal fixe les dépens selon le tarif, qui est réglé dans le RJ. L'art. 63 al. 3 RJ dispose qu'en cas de fixation détaillée, comme en l'espèce, l'autorité tiendra compte notamment du temps nécessaire à la conduite du procès dans des circonstances ordinaires ainsi que des intérêts en jeu. Le tarif horaire est de CHF 250.- (art. 65 RJ). A défaut d'une indication particulière sur la liste de frais, sont admises la correspondance et les conférences utiles et en relation directe avec un acte de la procédure (mémoires, séances), qui sortent d'une simple gestion administrative du dossier: la correspondance et les communications téléphoniques nécessaires à la bonne conduite du procès donnent exclusivement droit à un paiement forfaitaire maximal de CHF 500.-, voire exceptionnellement de CHF 700.- (art. 67 RJ). Selon l'art. 68 RJ, les débours nécessaires à la conduite du procès sont remboursés au prix coûtant, sous réserve de ce qui suit : les frais de copie, de port et de téléphone sont fixés forfaitairement à 5 % de l'indemnité

de base sans majoration (art. 68 al. 2 RJ). Enfin, le taux de la TVA est de 7.7 % (art. 25 al. 1 LTVA).

En l'espèce, Me Telmo Vicente a déposé sa liste de frais le 23 octobre 2019. Il indique avoir consacré 555 minutes, soit un peu moins de 10 heures, à la procédure d'appel, ce qui est raisonnable. Ses honoraires seront dès lors arrêtés à CHF 2'312.50 (9.25 h x CHF 250.-), correspondances incluses. Les débours sont de CHF 115.65 et la TVA de CHF 186.95, soit un total de CHF 2'615.10.

### **la Cour arrête :**

I. L'appel est rejeté.

Partant, le jugement du 26 février 2019 du Tribunal de l'arrondissement de la Sarine est entièrement confirmé.

II. Les frais de la procédure d'appel sont à la charge de A. \_\_\_\_\_, sous réserve de l'assistance judiciaire.

Les frais judiciaires dus à l'Etat sont fixés à CHF 1'500.-.

Les dépens d'appel de B. \_\_\_\_\_ sont fixés au montant de CHF 2'428.15, débours compris, plus la TVA par CHF 186.95.

III. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

*Fribourg, le 11 novembre 2019/cfa*

Le Président :

La Greffière-rapporteure :