

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/18484/2012

ACJC/590/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 26 AVRIL 2013

Entre

A_____, domiciliée _____ (GE), recourant contre une ordonnance rendue par la 20ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 5 décembre 2012, comparant par Me Daniel Kinzer, avocat, 2, rue Bovy-Lysberg, case postale 5824, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____, domicilié _____ (GE), intimé, comparant par Me Stéphane Rey, avocat, 3, rue Michel-Chauvet, 1208 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

Mineurs C_____ **et D**_____, représentés par leur curatrice, Me E_____, avocate, 36, boulevard Helvétique, 1207 Genève, intimés, comparant en personne,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés ainsi qu'au Tribunal de première instance le 6 mai 2013.

EN FAIT

A. a. Par acte expédié le 9 septembre 2012 au greffe du Tribunal de première instance, A_____ a, sur mesures protectrices de l'union conjugale, demandé la ratification de la «*convention de séparation de corps par consentement mutuel*» qu'elle avait signée avec son mari B_____ le 30 août 2012 et qui portait notamment sur la garde et le droit de visite à l'égard des deux enfants du couple, C_____, né le _____ 2007, et D_____, né le _____ 2009.

B_____ s'est déterminé le 1er octobre 2012.

Les époux ont été entendus en comparution personnelle par le Tribunal le 4 décembre 2012. Lors de cette audience, les parties sont tombées d'accord pour que le droit de visite de B_____ s'exerce le plus vite possible dans un milieu surveillé et à la fréquence qui sera possible, au minimum un jour par semaine, ont sollicité le prononcé d'une ordonnance de mesures superprovisionnelles d'accord entre les parties sur cette question et admis la mise en œuvre d'une expertise du groupe familial ainsi que l'établissement d'un rapport du Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi). Sur quoi, le Tribunal a réservé la suite de la procédure et ordonné l'établissement d'un rapport du SPMi. L'institution d'une éventuelle curatelle de C_____ et D_____ n'a pas été évoquée lors de l'audience.

Lors de cette même audience et pour ce qui est des aspects financiers, l'épouse, qui a indiqué recevoir un salaire de 5'229 versé 13 fois l'an, a sollicité une contribution à l'entretien de la famille de 3'500 fr. par mois, allocations familiales non comprises, de la part de son mari, lequel a déclaré gagner un salaire net de 5'880 fr. versé 13 fois l'an et accepter de verser une contribution mensuelle de 2'700 fr.

b. Par ordonnance du 5 décembre 2012 (OTPI/1441/2012), le Tribunal, se référant à ladite audience et à l'art. 299 al. 1 CPC et considérant que «*le Tribunal examine si la curatelle doit être instituée notamment si les parents déposent des conclusions différentes relatives à des questions importantes concernant leurs relations personnelles avec l'enfant*», a ordonné que les mineurs C_____ et D_____ soient représentés par un curateur dans la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale pendante (ch. 1), désigné E_____ en qualité de curatrice (ch. 2), laissé provisoirement les frais de représentation à la charge de A_____ (ch. 3), réservé la répartition de ces frais à l'issue de la procédure (ch. 4), débouté les parties de toutes autres ou contraires conclusions (ch. 5).

Par ordonnances prononcées le même jour, le premier juge a ordonné la mise en œuvre d'une expertise du groupe familial et, statuant sur mesures superprovisionnelles, a attribué à A_____ la garde des deux enfants (ch. 1),

réservé à B_____ un droit de visite à leur égard devant s'exercer, à défaut d'accord entre les parties, à raison d'un jour par semaine au minimum au Point de rencontre _____ (ch. 2), dit que cette ordonnance déploierait ses effets jusqu'à droit jugé sur la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (ch. 3), réservé le sort des dépens (ch. 4), enfin réservé la suite de la procédure (ch. 5).

- B.** Par acte adressé au greffe de la Cour par son conseil et mis dans une boîte aux lettres le 17 décembre 2012 à 23h16 selon deux témoins ayant apposé leurs signatures sur l'enveloppe, A_____ a formé recours contre l'ordonnance OTPI/1441/2012 relative à l'institution d'une curatelle de représentation pour les deux enfants. Elle conclut à ce que la Cour, principalement, annule cette ordonnance, subsidiairement, réforme son ch. 3 en ce sens que les frais de la curatrice ne sont pas provisoirement mis à la charge de la recourante, plus subsidiairement, réforme ledit ch. 3 en ce sens que les frais de la curatrice sont provisoirement mis à la charge des époux par moitiés, et, en tout état, ne perçoive pas de frais relativement au présent recours.

Dans sa réponse, la curatrice désignée indique notamment que les deux enfants sont actuellement privés de la présence de leur père, qu'elle a proposé aux avocats respectifs des parties son intervention afin d'essayer de trouver une solution pratique pouvant rassurer les deux parents, et que son aide peut être utile à cet égard, comme le démontre la reprise des contacts téléphoniques entre le père et ses enfants.

B_____ conclut, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

Par lettre du 11 février 2013, reçue par la recourante le lendemain, la Cour a transmis à A_____ les réponses de la curatrice de représentation des enfants ainsi que de B_____ et informé les parties de la mise en délibération de la cause.

En date des 25 et 27 février 2013, A_____ a adressé à la Cour deux nouvelles écritures à titre de réplique, avec des chargés de pièces, qui ont été transmis aux intimés.

Par lettre du 1er mars 2013, B_____ a conclu à l'irrecevabilité de ces écritures et de leurs annexes.

- C.** Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

-
1. **1.1** La procédure sommaire est applicable aux procédures de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC).

1.2 Aux termes de l'art. 319 CPC, le recours est recevable contre : a. les décisions finales, incidentes et provisionnelles de première instance qui ne peuvent faire l'objet d'un appel; b. les autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance : 1. dans les cas prévus par la loi; 2. lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (ch. 2); c. le retard injustifié du tribunal.

C'est conformément à l'art. 319 let. b CPC que la recourante a formé un recours contre l'ordonnance du 5 décembre 2012, et non un appel.

Par ailleurs, les exigences de forme et de délai – de 10 jours – de l'art. 321 al. 1, 2 et 3 CPC ont été respectées. La recourante a notamment démontré avoir déposé son recours dans une boîte postale avant la fin du dernier jour, ce qui vaut remise à la poste suisse au sens de l'art. 143 al. 1 CPC (TAPPY, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 1 et 12 ad art. 143 CPC).

1.3 Une réplique suivant une réponse au recours doit, pour être recevable, être déposée dans un délai raisonnable qui ne devrait à tout le moins pas être supérieur à celui du recours (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_777/2011 du 7 février 2012 consid. 2.2; ATF 133 I 100 consid. 4.8).

En l'occurrence, les écritures et les chargés de pièces de la recourante des 25 et 27 février 2013 n'ont pas été déposés dans le délai de recours de 10 jours et ne portent pas sur des faits nouveaux – à l'exception de la pièce 17, qui aurait néanmoins pu être produite dans le délai susmentionné et qui est du reste sans pertinence –, de sorte qu'ils sont irrecevables. Au demeurant, les allégués et les appréciations qui y sont contenus ne seraient en tout état de cause nullement déterminants.

2. **2.1** Le Tribunal a en l'espèce fait application de l'art. 299 al. 1 CPC, qui dispose que le tribunal ordonne si nécessaire la représentation de l'enfant et désigne un curateur expérimenté dans le domaine de l'assistance et en matière juridique.

2.2 En adoptant les art. 299 et 300 CPC, applicables tant aux procédures de mesures protectrices de l'union conjugale qu'aux procédures de divorce, le législateur a, pour l'essentiel repris le droit en vigueur antérieurement au 1er janvier 2011, à savoir les art. 146 et 147 aCC (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, in FF 2006 p. 6841 ss, spéc. 6974; JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 1 s. ad art. 299 CPC). A teneur de l'art. 146 al. 1 aCC, lorsque de justes motifs l'exigeaient, le juge ordonnait que l'enfant soit représenté par un curateur dans la procédure.

La décision ou le refus du juge de première instance d'instituer une curatelle de représentation durant la procédure et de désigner le curateur est une ordonnance d'instruction au sens de l'art. 319 let. b CPC, qui concerne l'avancement de la procédure (SCHWEIGHAUSER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 2013, n. 24 et 32 ad art. 299 CPC; SPYCHER, in Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, volume II, 2012, n. 16 ad art. 299 CPC).

Un recours contre l'ordonnance querellée n'est en l'occurrence pas prévu par la loi (art. 319 let. b ch. 1 CPC), c'est-à-dire le CPC (ATF 138 III 41 consid. 1.2.2). En effet, il n'y a pas de recours expressément prévu contre des décisions de première instance relatives à la curatelle de représentation d'un enfant, sauf si elles font suite à une demande d'un enfant capable de discernement visée à l'art. 299 al. 3 CPC, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

2.3 La recevabilité du présent recours est dès lors subordonnée au risque de survenance d'un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

Est seul déterminant pour juger de la nécessité de la représentation de l'enfant au sens de l'art. 299 al. 1 CPC le bien de celui-ci, et non les coûts ou un éventuel ralentissement de la procédure (SCHWEIGHAUSER, op. cit., n. 12 ad art. 299 CPC; SUTTER/FREIBURGHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, n. 10 ad art. 146/147 aCC). Ainsi, même si elle peut toucher les parents dans leurs droits (frais et limitation de l'autorité parentale), et faute de risque de survenance d'un préjudice difficilement réparable, la décision du tribunal d'ordonner une curatelle de représentation de l'enfant n'est pas sujette à un recours immédiat, mais ne peut être attaquée qu'avec la décision finale (SCHWEIGHAUSER, op. cit., n. 35 ad art. 299 CPC; SUTTER/FREIBURGHAUS, op. cit., n. 25 ad art. 146/147 aCC).

Il découle de ces principes que, dans le cas présent, un risque de survenance d'un préjudice difficilement réparable ne peut pas être admis.

Un tel risque ne ressort au demeurant et en tout état de cause pas des circonstances concrètes. En particulier, comme exposé plus haut, les frais entraînés par la mission du curateur de représentation, principal argument avancé par la recourante, ne sauraient constituer un préjudice difficilement réparable. La mise en doute par celle-ci de l'utilité de cette mesure est sans pertinence par rapport à la condition du risque de survenance d'un préjudice difficilement réparable. En outre, on ne voit pas en quoi le curateur, par les coûts supplémentaires que ses actes occasionneraient – et qui seraient certainement moins élevés que ceux causés par l'établissement de deux ménages séparés et par les frais de procédure et d'avocats –, risquerait de porter atteinte au cadre de vie de C_____ et D_____. Il est à cet égard rappelé que le curateur a pour mission d'agir dans l'intérêt des enfants. Enfin, la recourante a précisé ne pas remettre en cause les qualités, la

conscience professionnelle et l'impartialité de la curatrice choisie par le premier juge.

2.4 Au vu de ce qui précède, le chef de conclusions principal du recours, contestant la mise en place en tant que telle de la curatelle de représentation des enfants des parties est irrecevable.

Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner les griefs de la recourante selon lesquels son droit d'être entendu a été violé par l'absence d'interpellation avant l'instauration de la curatelle de représentation ainsi que par le défaut de motivation, même si avant le prononcé d'une telle mesure, les parties devraient en principe être entendues par le juge oralement ou par écrit (SCHWEIGHAUSER, op. cit., n. 32 ad art. 299 CPC).

- 3.** Se pose également la question de la recevabilité des chefs de conclusions subsidiaires de la recourante tendant à l'annulation du ch. 3 du dispositif de l'ordonnance querellée, qui met provisoirement les frais de représentation à la charge de la recourante.

3.1 L'irrecevabilité des conclusions principales n'entraîne pas celle des conclusions subsidiaires (BESSENICH/BOPP, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 2013, n. 14 ad art. 90 CPC; cf. aussi, p. ex., arrêt du Tribunal fédéral 4A_645/2011 du 27 janvier 2012 consid. 1.2).

Il s'ensuit que les chefs de conclusions subsidiaires de la recourante ne sauraient être considérés comme d'emblée irrecevables au seul motif que ses conclusions principales le sont. Il importe peu que ces dernières aient tendu à l'annulation de l'ordonnance dans son entier, étant donné que si, par hypothèse, la Cour avait annulé les chiffres du dispositif entrepris afférents à la curatelle de représentation en tant que telle, elle aurait également annulé les chiffres relatifs aux frais, qui n'auraient plus eu de raison d'être, étant dépendants de la mesure ordonnée. La recevabilité s'impose d'autant plus que les questions liées aux frais et à leurs avances – qui sont d'une nature différente de celles afférentes à la curatelle de représentation en tant que telle – auraient pu être tranchées par le Tribunal dans une autre décision, que la recourante aurait pu contester par des conclusions principales.

3.2 Peuvent faire l'objet d'un recours tant les avances de frais et les sûretés en garantie des dépens (art. 103 CPC) que la répartition définitive des frais déjà encourus (art. 110 CPC).

Partant, le recours, en tant qu'il conteste le ch. 3 du dispositif entrepris, est recevable.

4. 4.1 Sur le fond, la recourante reproche au Tribunal une violation de son droit d'être entendue, faute de motivation relative à la mise à sa charge des frais de représentation des enfants par la curatrice. Selon elle, la nomination d'un curateur est assimilable à une mesure probatoire du point de vue des faits, de sorte que l'art. 102 CPC s'appliquerait; n'ayant pas requis cette mesure, elle ne saurait en supporter la charge de l'avance (cf. art. 102 al. 1 CPC a contrario). Même sous l'angle de l'art. 98 CPC, il serait injuste de lui faire supporter tous les frais de représentation, d'autant plus au regard de l'art. 107 al. 1 let. c CPC applicable par analogie.

4.2 Selon l'art. 95 al. 2 let. e CPC, les frais de représentation de l'enfant (art. 299 et 300 CPC) sont des frais judiciaires.

Par conséquent, les art. 106 à 109 CPC relatifs à la répartition des frais entre les parties, à trancher par le juge à l'issue de la procédure, s'appliquent (STECK, in Basler Kommentar, ZPO, 2010, n. 15 ad art. 300 CPC).

En outre, l'art. 98 CPC dispose que le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés, ce y compris les frais de représentation de l'enfant pour autant que ces derniers soient prévisibles (SUTER/VON HOLZEN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 2013, n. 28 ad art. 95 CPC).

A teneur de l'art. 101 CPC, le tribunal impartit un délai pour la fourniture des avances et des sûretés (al. 1); si les avances ou les sûretés ne sont pas fournies à l'échéance d'un délai supplémentaire, le tribunal n'entre pas en matière sur la demande ou la requête (al. 3). La non-entrée en matière en cas d'absence de paiement de l'avance n'est toutefois pas admissible concernant les frais judiciaires liés à la curatelle de représentation des enfants, puisque prévalent sur ce point la maxime d'office et la maxime inquisitoire illimitée (art. 58 al. 2 et 296 CPC; SUTER/VON HOLZEN, op. cit., n. 28 ad art. 95 CPC), ce à l'instar de la réserve de l'art. 102 al. 3 in fine CPC. Cette dernière, valant notamment pour les procédures dans lesquelles les intérêts de l'enfant sont en jeu (art. 296 al. 1 CPC; Message du Conseil fédéral précité, in FF 2006 p. 6907), comme c'est le cas pour la représentation de l'enfant au sens de l'art. 299 CPC (JEANDIN, op. cit., n. 4 et 9 s. ad art. 299 CPC), n'interdit pas la fixation d'une avance de frais par le juge, mais exclut que la mise en œuvre de la mesure visée soit subordonnée au paiement de l'avance (SUTER/VON HOLZEN, op. cit., n. 25 ad art. 102 CPC; TAPPY, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 18 ad art. 102 CPC).

4.3 On peut comprendre le ch. 3 du dispositif de la manière suivante : avant la répartition des frais de représentation de la curatrice à effectuer à l'issue de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (ch. 4), l'ensemble des factures ou notes d'honoraires qui seraient émises par la curatrice seraient

transmises tout d'abord au Tribunal, qui en vérifierait la conformité avec le droit (SUTER/VON HOLZEN, op. cit., n. 27 ad art. 95 CPC), ensuite à la recourante, laquelle serait tenue de les régler, en attendant de recevoir de la part de son conjoint d'éventuels remboursements, en tout ou en partie, dans le cadre de la répartition finale de ces frais. Il s'agit donc en quelque sorte d'une «répartition générale anticipée et provisoire» des frais liés à la curatelle de représentation des enfants.

La fixation et la répartition des frais judiciaires (art. 105 al. 1 CPC), réglée dans le chapitre 2 («répartition et règlement des frais») du Titre 8, ne peuvent être effectuées par le Tribunal que dans une décision finale (art. 104 al. 1 CPC) ou dans une décision incidente au sens de l'art. 237 CPC (art. 104 al. 2 CPC). Avant le prononcé d'une telle décision, le CPC ne prévoit que l'avance de frais (art. 98 CPC) et les sûretés en garantie des dépens (art. 99 CPC). Celles-ci ne peuvent être exigées que du «demandeur». Le législateur a ainsi en quelque sorte lui-même tranché la répartition des avances et des sûretés, d'une manière générale et abstraite (cf. notamment TAPPY, op. cit., n. 11 ad art. 98 CPC et n. 6 ad art. 99 CPC). Par ailleurs, l'art. 98 CPC requiert la fixation d'un montant d'avance précis, dans un délai fixé (art. 101 al. 1 CPC), sous peine de l'irrecevabilité de la demande ou de la requête (art. 101 al. 3 et 102 al. 3 CPC).

Il découle de ce qui précède qu'une «répartition générale anticipée et provisoire» des frais judiciaires n'entre pas dans le système prévu par le législateur et ne repose donc sur aucune base légale.

4.4 Le ch. 3 du dispositif de l'ordonnance querellée s'écarte ainsi du système légal et consacre une violation de la loi.

Il convient en conséquence, en application de l'art. 327 al. 3 let. a CPC, d'annuler ce chiffre et de renvoyer la cause au Tribunal pour qu'il requière éventuellement une avance de frais.

- 4.** Les frais (frais judiciaires et dépens) sont mis à la charge de la partie succombante (art. 95 et 106 al. 1 ab initio CPC) et, lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, ils sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). Le tribunal peut toutefois s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, en particulier lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC).

En l'espèce, il n'y a pas lieu de renoncer à la perception de frais en application des art. 107 al. 2 CPC et 7 al. 2 du règlement fixant le tarif des frais en matière civile (RTFMC – E 1 05.10), aucune circonstance particulière ne l'exigeant à titre exceptionnel (cf. TAPPY, op. cit., n. 32 ad art. 107 CPC).

Les frais judiciaires de la présente décision seront fixés à 500 fr. (art. 33 et 36 RTFMC). Vu la nature du litige et le fait qu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, ces frais seront partagés par moitié entre les deux parties et chacune gardera à sa charge ses propres dépens.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare irrecevable le chef de conclusions principal du recours interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/1441/2012 rendue le 5 décembre 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/18484/2012-20.

Déclare recevables les autres chefs de conclusions du recours.

Au fond :

Admet partiellement le recours.

Annule chiffre 3 du dispositif de l'ordonnance querellée et renvoie la cause au Tribunal de première instance pour une éventuelle nouvelle décision au sens des considérants.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais de recours :

Arrête les frais judiciaires à 500 fr., à la charge de A_____ et de B_____, pour moitié chacun.

Dit qu'ils sont entièrement compensés par l'avance versée par A_____, qui reste acquise à l'Etat.

Condamne B_____ à restituer à ce titre la somme de 250 fr. à A_____.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Siégeant :

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Madame Florence KRAUSKOPF et Monsieur Blaise PAGAN; juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente :

Marguerite JACOT-DES-COMBES

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; 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; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.