



POUVOIR JUDICIAIRE

C/5893/2015

ACJC/1444/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 7 NOVEMBRE 2017

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ France, recourant contre une ordonnance rendue par la 21^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 11 mai 2017, comparant par Me Cyrielle Friedrich, avocate, rue de la Fontaine 7, 1204 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

1) Madame B_____, domiciliée _____ Genève, intimée, comparant par Me Lorenzo Paruzzolo, avocat, route des Acacias 6, case postale 588, 1211 Genève 4, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

2) Les mineures C_____ **et D**_____, autres intimées, représentées par Me Geneviève Carron, curatrice de représentation, rue du Mont-de-Sion 12, 1206 Genève, en l'étude de laquelle elles font élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 20.11.2017 ainsi qu'au Tribunal de première instance le même jour.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance ORTPI/437/2017 du 11 mai 2017, le Tribunal de première instance a ordonné que les enfants mineurs D_____, née le _____ 2007 et C_____, née le _____ 2010, soient représentées par un curateur dans la procédure de divorce opposant leurs parents, A_____ et B_____, pendante par-devant lui sous la cause C/5893/2015 (ch. 1 du dispositif), a désigné Me Geneviève CARRON en qualité de curatrice de représentation des mineurs (ch. 2), a fixé l'avance de frais à 4'000 fr. (ch. 3), a imparti un délai au 12 juin 2017 à chacune des parties pour faire l'avance de frais de 2'000 fr. (ch. 4) et a réservé la suite de la procédure (ch. 5).

Le Tribunal, sans entendre préalablement les parties sur la question de l'instauration d'une curatelle de représentation, a considéré qu'il se justifiait de désigner un curateur de représentation aux enfants, la guidance parentale ordonnée par décision du 15 décembre 2016 n'ayant pas été mise en œuvre.

- B. a.** Par acte déposé le 29 mai 2017 au greffe de la Cour de justice, A_____ forme recours contre cette ordonnance. Il conclut à son annulation, à ce qu'il soit constaté que son droit d'être entendu a été violé, que la condition de nécessité de l'art. 299 al. 1 CC n'est pas remplie, qu'aucune curatelle de représentation ne doit être instituée et que la désignation de Me Geneviève CARRON est infondée.

Il fait valoir que cette décision lui cause un préjudice financier difficilement réparable dès lors qu'une avance de frais de 4'000 fr. a d'ores et déjà été requise et qu'il est atteint dans son pouvoir de représentation de ses filles, de sorte que la voie du recours lui est ouverte. Au fond, il reproche notamment au Tribunal d'avoir violé son droit d'être entendu en ayant rendu l'ordonnance querellée sans interpellier les parties.

Par décision du 29 juin 2017, la Cour a fait droit à la requête préalable de A_____ tendant à ce que l'effet suspensif soit accordé en ce qui concerne l'instauration de la curatelle ainsi que la désignation de Me Geneviève CARRON en qualité de curatrice de représentation des enfants D_____ et C_____.

- b.** Par pli du 19 juin 2017, la Cour a fixé à B_____ un délai de trente jours pour répondre au recours.

c. Dans sa réponse du 20 juillet 2017, B_____ conclut à la recevabilité de son écriture et s'en rapporte à justice sur le recours, les frais judiciaires devant être mis à la charge de son époux.

d. Dans sa réplique, A_____ conclut à l'irrecevabilité de la réponse déposée par B_____, arguant que celle-ci a été déposée tardivement dès lors que seul un délai

de dix jours aurait dû être accordé à son épouse pour répondre. Il persiste pour le surplus dans ses conclusions.

e. Dans sa duplique, B_____ persiste dans ses conclusions, s'en rapportant à justice s'agissant de la recevabilité de sa réponse.

f. Les parties ont été informées le 3 octobre 2017 de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1.** Le recours, dirigé contre une ordonnance rendue par le tribunal en matière de représentation, qui doit être qualifiée d'ordonnance d'instruction (ACJC/893/2017 du 13 juillet 2017 consid. 1.1; JEANDIN, CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 15 ad art. 299 CPC), est écrit et motivé et il a été déposé dans le délai de dix jours (art. 319 let. b, 321 al. 1 et 2 CPC).

Les parents peuvent recourir sur la question de l'institution d'une représentation de l'enfant (arrêts du Tribunal fédéral 5A_278/2016 du 6 juin 2016 consid. 1; 5A_894/2015 du 16 mars 2016 consid. 4.1). Le recours a donc été déposé par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC).

Il est donc recevable de ce point de vue.

1.2

1.2.1 Une ordonnance d'instruction ne peut être attaquée séparément que de manière limitée, soit seulement dans le cadre d'un recours, aux conditions de l'art. 319 lit. b ch. 2 CPC, soit dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable.

Si la loi prévoit expressément que l'enfant peut former un recours contre le rejet de sa demande en désignation d'un représentant (art. 299 al. 3 CPC), tel n'est pas le cas pour les parents qui ne peuvent donc recourir contre la décision du Tribunal que par la voie du recours au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC, soit pour autant qu'il en résulte un préjudice irréparable (HELLE, in Droit matrimonial, Fond et procédure, Commentaire pratique, 2016, n. 34 et 38 ad art. 299 CPC).

Reste dès lors à déterminer si la décision attaquée est susceptible de causer au recourant un préjudice difficilement réparable au sens de la disposition précitée.

1.2.2. Le préjudice sera considéré comme difficilement réparable s'il ne peut pas être supprimé ou seulement partiellement, même dans l'hypothèse d'une décision finale favorable au recourant (JEANDIN, op. cit., n. 22 ad art. 319 CPC; REICH, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [éd.], 2010, n. 8 ad art. 319 CPC).

Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir la possibilité que la décision incidente lui cause un préjudice difficilement réparable, à moins que cela ne fasse d'emblée aucun doute (par analogie : ATF 134 III 426 consid. 1.2 et 133 III 629 consid. 2.3.1; HALDY, in CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 9 ad art. 126 CPC).

Il y a lieu de se montrer exigeant, voire restrictif, avant d'admettre la réalisation de cette condition, sous peine d'ouvrir le recours à toute décision ou ordonnance d'instruction, ce que le législateur a clairement exclu (JEANDIN, op. cit., n. 22 ad art. 319 CPC; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2010, n. 2485).

1.2.3. En l'espèce, la nomination d'un représentant pour l'enfant aura pour conséquence de limiter le recourant dans son propre pouvoir de représentation – en tant que représentant légal de son enfant – dans le cadre de la procédure de divorce.

Or, s'il devait être constaté à l'issue de la procédure qu'une telle curatelle de représentation n'aurait pas dû être instaurée, car ne remplissant pas les conditions de l'art. 299 CPC comme le soutient le recourant, ce dernier n'aura pas eu la possibilité de représenter son enfant.

Son dommage, à savoir la privation de son droit de représenter son enfant, constitue donc un préjudice qui sera difficilement réparable à l'issue de la procédure, l'unique solution étant de refaire toute cette procédure.

La voie du recours est donc ouverte au recourant sans qu'il faille examiner si le fait pour le recourant de devoir s'acquitter des honoraires du curateur constitue un préjudice difficilement réparable.

1.3. L'intimée a déposé son mémoire de réponse dans le délai de trente jours que lui a imparti la Cour de céans de sorte qu'il est recevable.

- 2.** Le recourant reproche au Tribunal d'avoir statué sans l'avoir préalablement entendu.

2.1

2.1.1 Le droit d'être entendu garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 6 CEDH comprend en particulier le droit, pour une partie à un procès, de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos (droit de réplique); peu importe que celle-ci contienne de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit propre à influencer concrètement sur le jugement à rendre. En effet, il appartient aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce produite contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Toute prise de position ou pièce nouvellement versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider

si elles veulent faire usage de leur droit de réplique (ATF 139 I 189 consid. 3.2; 139 II 489 consid. 3.3; 138 I 154 consid. 2.3, 484 consid. 2.1; 137 I 195 consid. 2.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_29/2014 du 7 mai 2014 consid. 3, non publié *in* ATF 140 III 159).

La violation du droit d'être entendu entraîne l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 précité consid. 2.2; 135 I 279 consid. 2.6.1); celle-ci peut toutefois, à titre exceptionnel, être réparée, pour autant qu'elle ne soit pas particulièrement grave et que la partie concernée ait la possibilité de s'exprimer devant une autorité de seconde instance disposant d'un pouvoir de cognition complet en fait et en droit (ATF 137 I 195 précité consid. 2.3.2; 136 V 117 consid. 4.2.2.2; 133 I 201 consid. 2.2).

2.1.2. Comme la représentation de l'enfant représente une charge financière pour les parents et limite également leur pouvoir de représentation en tant que représentant légal dans la procédure, ils ont le droit d'être entendu avant qu'une telle décision ne soit rendue (arrêt du Tribunal fédéral 5A_894/2015 du 16 mars 2016 consid. 4.1).

2.2. En l'espèce, le droit d'être entendu du recourant a été violé par le Tribunal puisque ce dernier n'a pas donné la possibilité aux parties de s'exprimer sur ce point avant de rendre sa décision.

Cette violation ne peut être guérie dans la présente procédure de recours, dès lors qu'*in casu* le pouvoir de cognition de la Cour est restreint à la violation de la loi et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

Il convient, en conséquence, d'annuler l'ordonnance attaquée et de renvoyer la cause au Tribunal, lequel statuera à nouveau sur la nomination d'un curateur de représentation en faveur des enfants, après avoir invité les parties à s'exprimer sur ce point.

3. 3.1 Les frais sont mis à la charge de la partie succombante. Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 1 et 2 CPC). Les frais judiciaires qui ne sont pas imputables aux parties ni aux tiers peuvent être mis à la charge du canton si l'équité l'exige (art. 107 al. 2 CPC).

3.2. Les frais judiciaires du recours seront arrêtés à 1'200 fr., comprenant les frais relatifs à l'arrêt sur requête d'effet suspensif (art. 104 al. 1, 105 al. 1 et 106 al. 1 CPC; art. 41 RTFMC). Compte tenu de l'issue du recours, ils seront mis à la charge de l'Etat (art. 107 al. 2 CPC) et l'avance de frais de 1'200 fr. versée par le recourant lui sera restituée.

Vu la nature familiale du litige, chaque partie supportera ses propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let. c CPC), qui ne peuvent être mis à la charge de l'Etat.

3.3. Les frais et dépens de première instance seront réservés, leur sort devant être tranché dans le jugement à prononcer après le présent arrêt de renvoi.

- 4.** La présente décision, de nature incidente, est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 2 let. a LTF), dans les limites de l'art. 93 LTF. Vu la nature et les enjeux de la procédure, qui tendent notamment à l'attribution des droits parentaux, il y a lieu de considérer que la valeur litigieuse atteint le seuil de 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 29 mai 2017 par A_____ contre l'ordonnance ORTPI/437/2017 rendue le 11 mai 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/5893/2015.

Au fond :

Annule cette ordonnance.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour nouvelle décision au sens des considérants.

Réserve le sort des frais de première instance.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de l'appel à 1'200 fr. et les met à la charge de l'Etat de Genève.

Ordonne en conséquence aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer à A_____ l'avance versée en 1'200 fr.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, juges; Madame Audrey MARASCO, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Audrey MARASCO

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.