REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/80/2021 **ACJC/515/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 5 AVRIL 2022

Entre

Madame A_____, domiciliée _____[GE], recourante contre une ordonnance rendue par la 4ème chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 23 septembre 2021, comparant d'abord par Me Monica KOHLER, avocate, ensuite par Me Camille LA SPADA-ODIER, avocate, puis en personne,

et

1) Monsieur B_____, domicilié _____[GE], intimé, comparant en personne,

2) Les mineurs C_____ et D_____, domiciliés chez leur mère, Madame A_____, _____, autres intimés, représentés par leur curateur, Me E_____, avocat, _____ Genève.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 26 avril 2022 ainsi qu'au Tribunal de première instance le même jour.

EN FAIT

A. Par ordonnance du 23 septembre 2021, le Tribunal de première instance, considérant qu'il se justifiait de prendre des mesures de protection en faveur des enfants C_____ et D_____, a ordonné qu'ils soient représentés par un curateur dans la procédure de divorce opposant leurs parents A_____ et B_____. Il a désigné Me E_____ en qualité de curateur de représentation des enfants et fixé l'avance de frais à 5'000 fr.

B. **a.** Par acte expédié le 4 octobre 2021 à la Cour de justice, A_____ a formé recours contre cette ordonnance, qu'elle a reçue le 24 septembre 2021. Elle a conclu à son annulation et au renvoi de la cause au Tribunal. Subsidiairement, elle a conclu à ce qu'il soit dit que la désignation d'un curateur dans la procédure en divorce est prématurée au regard de l'expertise familiale d'ores et déjà ordonnée par le Tribunal. Si mieux n'aime, à ce qu'il soit dit qu'au regard des circonstances, il n'est pas approprié de désigner Me E_____ en qualité de curateur pour représenter les enfants, sous suite de frais judiciaires et dépens des deux instances.

Elle a préalablement requis l'octroi de l'effet suspensif au recours, ce que la Cour a refusé par décision du 5 janvier 2022, le sort des frais étant réservé à la décision au fond.

b. B_____ a conclu au rejet du recours, sous suite de frais judiciaires et dépens.

c. Dans leurs réplique et duplique les parties ont persisté dans leurs conclusions.

d. Les parties ont produit des pièces nouvelles.

e. Par avis du 1er mars 2022, la Cour a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

a. B_____ et A_____, tous deux ressortissants suisses, se sont mariés le _____ 2010 à F_____ (Vaud).

Ils sont les parent de C_____, né le _____ 2010, et de D_____, née le _____ 2014.

b. Les parties se sont séparées en 2016 et les modalités de leur vie séparée ont été réglées sur mesures protectrices de l'union conjugale.

Dans le cadre de cette procédure, les enfants ont été représentés par Me E_____.

Par jugement du 27 août 2021, confirmé par arrêt de la Cour de justice du 1er février 2022, le Tribunal a notamment institué une garde alternée sur C_____

et D_____, devant s'exercer à raison d'une semaine chez A_____ et d'une semaine chez B_____, du lundi matin au lundi matin, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, dit que le partage des prochaines vacances aurait lieu conformément à la proposition du Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (ci-après : le SEASP) dans son rapport du 8 janvier 2021, dit que le domicile légal des enfants serait chez la mère et maintenu la curatelle d'organisation et de surveillance du droit aux relations personnelles et instauré une curatelle de soins ainsi qu'une curatelle d'assistance éducative en faveur des enfants.

c. Alors que cette procédure n'était pas encore achevée, par acte du 4 janvier 2021, B_____ a formé une demande unilatérale en divorce. Il a notamment conclu au maintien de l'autorité parentale conjointe sur les enfants et de la garde partagée de ceux-ci, cette dernière devant s'exercer, sauf accord contraire entre les parties, du vendredi soit après l'école au vendredi suivant après l'école, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires.

d. Lors de l'audience du 23 juin 2021, A_____ a accepté le principe du divorce mais s'est opposée aux autres conclusions prises par son époux dans le cadre du divorce, à l'exception de la liquidation du régime matrimonial.

Les parties ne se sont pas opposées à ce qu'un curateur de représentation soit nommé pour les enfants dans le cadre de la procédure de divorce.

A_____ s'est toutefois opposée à ce que Me E_____ soit nommé en cette qualité. Elle a déclaré ne pas comprendre comment et pourquoi B_____ avait pu s'adresser directement au curateur un samedi soir sur son portable alors que ce dernier avait indiqué aux parties qu'elles ne devaient pas s'adresser directement à lui mais par l'intermédiaire des conseils. Elle-même ne possédait pas le numéro de portable du curateur.

B_____ a déclaré que Me E_____ avait pu gagner la confiance des enfants de sorte qu'il souhaitait qu'il soit nommé comme leur curateur de représentation afin d'assurer un minimum de stabilité à C_____ et D_____ qui avaient déjà eu à faire à beaucoup d'intervenants différents. Il a expliqué qu'il détenait le numéro de téléphone du curateur avant que celui-ci ait été nommé comme tel. Il lui avait envoyé un message téléphonique un soir car D_____ était en pleurs et le suppliait de pouvoir contacter son curateur. Ce dernier avait appelé et il lui avait directement passé l'enfant qui s'était enfermée dans sa chambre pour lui parler. Il n'avait pas évoqué la conversation avec D_____ par la suite comme le lui avait demandé le curateur.

A l'issue de cette audience, le Tribunal a notamment imparti aux parties un délai au 31 août 2021 pour se déterminer sur la nomination d'un curateur de

représentation ainsi que sur le principe de la mise en œuvre d'une expertise du groupe familial.

e. Dans son écriture du 31 août 2021, B_____ s'est déterminé sur la mise en œuvre d'une expertise du groupe familial et sur la désignation d'un curateur de représentation aux enfants. Sur ce dernier point, il a persisté dans sa position d'agissant de la nomination d'un curateur de représentation des enfants en la personne de Me E_____. Il a fait valoir qu'il serait malvenu de désigner une nouvelle personne dès lors qu'un lien de confiance s'était établi entre Me E_____ et les enfants, que ces derniers n'avaient déjà que trop été confrontés à des parfaits étrangers (psychologue, éducateur, médecin, etc.) depuis bientôt trois ans et que l'intérêt des enfants à conserver une forme de stabilité devait primer face à la crainte de la mère qui contestait le professionnalisme de toutes les personnes qui n'adhéraient pas à ses conclusions.

f. Dans ses déterminations reçues par le Tribunal le 1er septembre 2021, A_____ a conclu à ce qu'il soit dit qu'en l'état il ne se justifiait pas de nommer un curateur de représentation aux enfants dès lors qu'une expertise familiale devait être ordonnée et que les enfants seraient entendus dans ce cadre. Ils étaient également suivis par des professionnels de l'enfance qui pourraient fournir au Tribunal un rapport de leur suivi. En tout état, Me E_____ ne devait pas être nommé à ce titre car ce dernier, dans le cadre de la procédure sur mesures protectrices de l'union conjugale, n'avait pas suivi la volonté des enfants. Il avait manifestement souhaité favoriser le père avec lequel il avait des liens.

g. A_____ s'est exprimée dans des déterminations séparées, également reçues par le Tribunal le 1er septembre 2021, sur la question de la mise en œuvre d'une expertise du groupe familial.

h. Dans leurs écritures respectives du 8 septembre 2021 et du 15 septembre 2021, B_____ et A_____ se sont à nouveau déterminés sur la question de la mise en œuvre d'une expertise du groupe familial.

i. Le 22 septembre 2021, se référant aux déterminations de A_____ du 31 août 2021, B_____ s'est à nouveau exprimé sur la question de la mise en œuvre d'une expertise du groupe familial et sur la nomination d'un curateur de représentation aux enfants.

Les déterminations de B_____ du 22 septembre 2021 ont été transmises à A_____ le même jour que l'ordonnance querellée.

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/1444/2017 du 7 novembre 2017 consid. 1.1; ACJC/893/2017 du 13 juillet 2017 consid. 1.1; JEANDIN, Commentaire romand, CPC, 2019, 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 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 (JEANDIN, op. cit., n. 15 ad art. 299 CPC ; HELLE, in Droit matrimonial, Fond et procédure, Commentaire pratique, 2016, n. 34 et 38 ad art. 299 CPC).

La nomination d'un représentant pour l'enfant a pour conséquence de limiter les parents dans leur pouvoir de représentation – en tant que représentants légaux de leur enfant – dans le cadre de la procédure de divorce (arrêt du Tribunal fédéral 5A_894/2015 du 16 mars 2016 consid. 4.1). Ainsi, 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, les parents n'auraient pas eu la possibilité de représenter leur enfant. Leur dommage, à savoir la privation de son droit de représenter leur enfant, constitue donc un préjudice qui sera difficilement réparable à l'issue de la procédure, l'unique solution étant de refaire toute cette procédure (ACJC/1444/2017 du 7 novembre 2017 consid. 1.2.3).

Compte tenu de ce qui précède, il doit être retenu que la voie du recours est ouverte à la recourante puisque l'ordonnance querellée a pour conséquence de limiter son droit de représenter les enfants.

1.3 Dans la procédure de recours, la cognition de la Cour est limitée à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits.

1.4 Conformément à l'art. 326 al. 1 CPC, les allégations de fait et les preuves nouvelles sont irrecevables au stade du recours, de sorte que les pièces nouvelles produites par les parties, ainsi que les faits qui s'y rapportent, sont irrecevables.

2. La recourante reproche au Tribunal d'avoir statué sans qu'elle ait pu se prononcer préalablement sur les déterminations de l'intimé qui lui ont été envoyé le même jour que l'ordonnance. Elle lui fait également grief de ne pas avoir motivé sa décision, notamment de ne pas avoir exposé pourquoi il avait désigné Me E_____ alors qu'elle s'y était fermement opposée de manière motivée.

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 influer 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 jurisprudence a également déduit de l'art. 29 al. 2 Cst. le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 142 III 433 consid. 4.3.2; 141 IV 249 consid. 1.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_19/2020 du 18 mai 2020 consid. 6). Il n'y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité n'a pas satisfait à son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents (ATF 135 III 670 consid. 3.3.1; 133 III 235 consid. 5.2 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 5A_609/2012 du 12 septembre 2012 consid. 3.1). L'essentiel est que la décision indique clairement les faits qui sont établis et les déductions juridiques qui sont tirées de l'état de fait déterminant (ATF 142 II 154 consid. 4.2; 135 II 145 consid. 8.2). En revanche, l'autorité se rend coupable d'un déni de justice formel si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments

importants pour la décision à rendre (ATF 142 III 433 consid 4.3 et les références citées).

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 Selon l'art. 299 al. 1 CPC, 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. L'alinéa 2 de cette norme précise que le tribunal examine s'il doit instituer une curatelle, en particulier lorsque les parents déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou du droit de garde ou des questions importantes concernant leurs relations personnelles avec l'enfant (let. a), de même que si l'autorité tutélaire ou l'un des parents le requièrent (let. b).

Une représentation de l'enfant ne doit intervenir que si elle s'avère nécessaire à la sauvegarde des intérêts de ce dernier (JEANDIN, op. cit, n. 4, 5 et 10 ad art. 299 CPC).

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).

Le droit des parents à être entendus en ce qui concerne la désignation d'un curateur de représentation de l'enfant dans la procédure inclut aussi le droit d'être entendus quant à la personne du curateur (OGer/ZH du 28.11.2012 (PC120043) c. 6, FamPra.ch 2013, 831).

2.2.1 En l'espèce, le Tribunal a violé son obligation de motiver la décision. S'il est admissible qu'une décision non motivée soit rendue lorsque les parties sont d'accord tant sur le principe de la nomination d'un curateur de représentation que sur la personne de ce dernier, le juge doit motiver sa décision lorsque les conclusions des parties divergent sur ces points. Le Tribunal a, à juste titre, invité les parties à se déterminer par écrit sur le principe de la nomination d'un curateur de représentation, de sorte que la décision querellée se devait de comporter les motifs pour lesquels le Tribunal a considéré "qu'il se justifiait de prendre des mesures de protection en faveur des enfants", ce qui était contesté par la

recourante. Il n'a pas non plus motivé sa décision quant au choix de nommer Me E_____ en qualité de curateur de représentation des enfants alors que la recourante avait, sur plusieurs pages, argumenté en sens contraire.

Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'a pas satisfait à son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents pour la solution du litige.

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 question de la nomination d'un curateur de représentation en faveur des enfants.

2.2.2 Compte tenu de ce qui précède, la question de savoir si le Tribunal a violé le droit d'être entendu de l'appelante en omettant de lui transmettre les déterminations de l'appelant du 22 septembre 2021 peut rester ouverte, étant relevé qu'il est ignoré, vu le défaut de motivation de l'ordonnance querellée, si le Tribunal a tenu compte desdites écritures dans sa décision.

3. Les frais judiciaires du recours, arrêtés à 1'000 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), seront laissés à la charge de l'Etat de Genève, dans la mesure où ils ne sont pas imputables aux parties (art. 107 al. 2 CPC).

L'avance de 1'000 fr. fournie par la recourante lui sera restituée.

L'art. 107 al. 2 CPC ne s'applique pas en matière de dépens (ATF 140 III 385 consid. 4.1); il ne sera néanmoins pas alloué de dépens compte tenu de la nature familiale du litige (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 4 octobre 2021 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/1029/2021 rendue le 23 septembre 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/80/2021.

Au fond :

Annule cette ordonnance.

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

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de recours à 1'000 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 1'000 fr.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Sophie MARTINEZ, greffière.

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.