

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/23864/2014

ACJC/1404/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 21 OCTOBRE 2016

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ (GE), recourant contre une ordonnance rendue par la 21ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 23 juin 2016, comparant par Me Caroline Ferrero Menut, avocate, rue François-Bellot 2, 1206 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ (GE), intimée, comparant par Me Vanessa Ndoumbe Nkotto, avocate, boulevard des Philosophes 9, 1205 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés ainsi qu'au Service de protection des mineurs, le 27 octobre 2016.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance du 23 juin 2016, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a dit qu'il ne sera pas procédé à l'audition du Dr C_____, auteur de l'expertise privée produite sous pièce 108 requ., dit qu'il ne sera pas ordonné de contre-expertise familiale, convoqué, selon convocation séparée, les parties pour audience de comparution personnelle, suivie des plaidoiries finales orales sur le fond et imparti aux parties un délai échéant 10 jours avant cette audience pour déposer, en deux exemplaires, les pièces actualisant leurs situations financières, en particulier, le certificat annuel de salaire 2015 du requérant et ses bulletins de salaire de l'année 2016.

En substance, et s'agissant des points encore litigieux devant la Cour, le Tribunal a retenu qu'il ne se justifiait pas d'ordonner une expertise complémentaire en sexologie recommandée par l'expert judiciaire, A_____ contestant la qualité et les conclusions de ce dernier. Une telle expertise pourrait être ordonnée dans le cadre du divorce, le délai de deux ans pour initier une telle procédure venant à échéance en novembre 2016, étant rappelé que la requête de mesures protectrices, intentée en 2014, devait être jugée dans des délais en principe brefs. Enfin, il serait utile pour l'expert en sexologie de connaître l'issue de la procédure pénale dirigée contre A_____ suite aux déclarations de D_____ (fille de B_____, issue d'une précédente union). S'agissant de l'audition du Dr C_____, le Tribunal l'a exclue au motif qu'une expertise privée ne constituait pas un moyen de preuve en procédure, mais n'avait que la valeur d'une simple allégation de la partie qui l'a produite.

- B. a.** Par acte du 11 juillet 2016, A_____ forme recours contre cette ordonnance, dont il sollicite l'annulation du dispositif en tant qu'il ne prononce pas un complément d'expertise en sexologie. Cela fait, il conclut au renvoi de la cause au Tribunal afin qu'il ordonne un complément d'expertise en sexologie, avec suite de frais et dépens. Subsidièrement, il conclut à l'annulation du dispositif de l'ordonnance querellée, en tant qu'il refuse de procéder à l'audition du Dr C_____, auteur de l'expertise privée produite sous pièce 108 requ. et conclut à ce que soit ordonnée cette mesure et au renvoi de la cause au Tribunal afin qu'il procède à cet acte d'instruction, avec suite de frais et dépens.

b. Par mémoire réponse du 29 juillet 2016, B_____ conclut à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet et au déboutement d'A_____ de toutes autres conclusions, avec suite de frais et dépens. Elle conclut en outre à la condamnation d'A_____ à lui verser la somme de 3'500 fr. à titre de *provisio ad litem*.

c. Par arrêt présidentiel du 29 juillet 2016, la Cour a rejeté la requête d'A_____ tendant à la suspension de l'effet exécutoire attaché à l'ordonnance rendue le

23 juin 2016 par le Tribunal et dit qu'il sera statué sur les frais et dépens de l'incident avec la décision sur le fond.

d. Par réplique du 12 août 2016 et duplique du 26 août 2016, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

e. Elles ont été informées par courrier du greffe de la Cour du 26 août 2016 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. A_____, né le _____ 1975, originaire de _____, et B_____, née le _____ 1981 à _____, citoyenne du _____, se sont mariés le _____ 2003 à _____ (Canada).

Les époux sont les parents de deux enfants : E_____, née le _____ 2005 et F_____, né le _____ 2007.

B_____ est par ailleurs mère de deux enfants nés de relations précédentes : D_____, née le _____ 1999, et G_____, né le _____ 2001.

b. Les époux ont vécu dans un premier temps au Canada, pays dans lequel sont nés leurs deux enfants. La famille est venue à Genève à la fin de l'année 2009, D_____ et G_____ restant au Canada, chez les grands-parents paternels pour la première et dans une institution pour le second.

En juillet 2012, D_____ est venue rejoindre sa mère à Genève. Elle a été placée dans un foyer dès juin 2014.

c. En septembre 2014, une procédure pénale a été ouverte suite à des révélations faites par D_____ au responsable du foyer, au sujet d'actes d'ordre sexuel que A_____ aurait commis à son encontre, ce dernier ayant été renvoyé en jugement sans que ne soit connue la date de l'audience devant le Tribunal pénal.

d. B_____ a formé, le 27 novembre 2014, une requête de mesures protectrices de l'union conjugale avec requête de mesures superprovisionnelles (enregistrée sous C/24342/2014). Par ordonnance du 28 novembre 2014, le Vice-Président du Tribunal a autorisé les époux à vivre séparés, attribué à B_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal, ordonné à A_____ de quitter le domicile, attribué à B_____ la garde des enfants E_____ et F_____, réservé à A_____ un droit de visite d'un jour par semaine au domicile de ses parents, rejeté la requête pour le surplus, ordonné l'établissement d'un rapport d'évaluation sociale par le SPMi et dit que l'ordonnance déploierait ses effets jusqu'à exécution d'une nouvelle ordonnance rendue après audition des parties.

Sur le fond (C/23864/2014), B_____ a notamment requis l'attribution à elle-même de la garde sur les enfants E_____ et F_____, avec réserve d'un droit de visite surveillé d'un jour par semaine en faveur d'A_____, en un Point de rencontre, et conclu à l'instauration d'une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite.

e. Le 12 décembre 2014, A_____ a également déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale, concluant à l'attribution du domicile conjugal et de la garde sur les enfants E_____ et F_____, avec réserve d'un droit de visite en faveur de B_____, devant s'exercer d'entente entre les parties, mais au minimum à raison d'un weekend sur deux et de la moitié des vacances scolaires.

La jonction des causes C/23864/2014 et C/24342/2014 sous numéro C/23864/2014 a été ordonnée par décision du 22 décembre 2014.

f. Dans un rapport d'évaluation sociale du 20 mars 2015, le Service de protection des mineurs (SPMi) a conclu à ce qu'une expertise familiale soit ordonnée, à ce que la garde des enfants soit provisoirement attribuée à B_____, à ce qu'un droit de visite limité à chaque mercredi et un weekend sur deux sans les nuits et sous surveillance d'un adulte agréé par le curateur soit provisoirement accordé à A_____, limitation et surveillance qui devraient être levées si la procédure pénale évolue favorablement pour ce dernier, et à ce qu'une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles soit instaurée.

g. Par ordonnance du 12 mai 2015, statuant sur mesures provisionnelles, sollicitées le 21 novembre 2014 et complétées ultérieurement, après ordonnance rendue sans audition des parties le 28 novembre 2014, le Tribunal a attribué la garde sur les enfants E_____ et F_____ à B_____, instauré une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles et réservé à A_____ un droit de visite surveillé et limité au mercredi et à un weekend sur deux, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires mais sans les nuits, le curateur devant désigner les personnes habilitées à être présentes durant l'exercice de ce droit.

Seule B_____ a appelé de cette ordonnance, sur d'autres points que le droit de visite d'A_____, ce dernier concluant à la confirmation de la décision entreprise.

h. Le 25 novembre 2015, l'expert désigné par le Tribunal par ordonnance du 24 avril 2015, a rendu son rapport d'expertise du groupe familial. Il a préconisé que le droit de garde soit attribué à la mère et que le droit de visite éventuellement élargi du père se poursuive pour autant que soit maintenue la présence d'un tiers. Il a recommandé qu'il soit procédé à une évaluation en sexologie d'A_____, afin de donner des éléments plus approfondis sur le fonctionnement de ce dernier. La présence du tiers était conseillée jusqu'à la fin de cette évaluation. Il était recommandé que la mère soit soutenue dans son rôle de mère en bénéficiant d'entretiens de guidance parentale, que le père poursuive son suivi psychologique,

et que les enfants soient également suivis individuellement par un psychothérapeute. Entendu par le Tribunal, l'expert a indiqué qu'il avait choisi de ne pas prendre connaissance de la procédure pénale pendante à l'encontre d'A_____.

i. Mandaté à titre privé par A_____, le Dr C_____, psychiatre psychothérapeute FMH, sexologue clinicien, a rendu, le 12 mai 2015, un rapport d'expertise en sexologie, dans lequel il estime que l'expertisé possède des qualités suffisantes exigibles chez un bon père, capable d'affection et d'attention pour ses enfants, ainsi que de discernement quant à ce qui est bon pour eux, en particulier pour sa fille. Il n'a pas de caractéristique parlant pour un "investissement pédophile", ni pour un trouble de la personnalité antisociale et ses codes éthiques apparaissent en place. Enfin, il n'apparaît pas présenter de déséquilibre dans la gestion de ses charges émotionnelles susceptibles, si présent, de faire craindre la perte de ses repères (par exemple par impulsivité ou compulsivité). En d'autres termes, l'expert privé ne partageait pas les conclusions de l'expertise familiale.

j. Les parties ont été invitées à se déterminer sur la suite de la procédure.

A_____ a sollicité l'audition du Dr C_____, et l'établissement d'une contre-expertise familiale.

B_____ a demandé la tenue d'une audience de comparution personnelle des parties, afin de faire le point de la situation, et la fixation d'une audience de plaidoiries finales.

k. Le Tribunal a rendu l'ordonnance querellée.

EN DROIT

1. **1.1** Le recours est recevable contre des décisions et ordonnances d'instruction de première instance, dans les cas prévus par la loi (art. 319 let. b ch. 1 CPC) ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

La Cour examine d'office si les conditions de recevabilité du recours sont remplies (art. 59 et 60 CPC; REETZ, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 2^{ème} éd. 2013, n. 50 ad Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 CPC; TAPPY, *Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile*, in *JdT 2010 III* p. 115 ss, 141; CHAIX, *Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale*, in *SJ 2009 II* p. 257 ss, 259).

1.2 En l'espèce, l'ordonnance querellée, qui a refusé d'entendre un témoin et d'ordonner une contre-expertise, est une ordonnance d'instruction portant sur

l'administration des preuves, laquelle entre dans le champ d'application de l'art. 319 let. b CPC (cf. JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 14 ad art. 319 CPC; FREIBURGHANUS/AFHELDT, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 2^{ème} éd. 2013, no 11 ad art. 319 CPC).

Aucun recours n'est prévu par la loi contre une telle décision. Il convient dès lors d'examiner si la décision querellée peut causer au recourant un préjudice difficilement réparable (art. 319 al. 2 let. b CPC), étant relevé que le recours a été formé selon les formes prescrites et dans le délai de dix jours prévu par l'art. 321 al. 2 CPC.

- 2. 2.1.1** La notion de "préjudice difficilement réparable" au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC est plus large que celle de "préjudice irréparable" au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (cf. ATF 137 III 380 consid. 2, in SJ 2012 I 73; 138 III 378 consid. 6.3). Est considérée comme "préjudice difficilement réparable", toute incidence dommageable (y compris financière ou temporelle), pourvu qu'elle soit difficilement réparable. Il y a toutefois 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; BLICKENSTORFER, in Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [éd.], 2011, n. 39 ad art. 319 CPC).

Une simple prolongation de la procédure ou un accroissement des frais ne constitue pas un préjudice difficilement réparable (SPÜHLER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [éd.], 2^{ème} éd. 2013, n. 7 ad art. 319 CPC; HOFFMANN-NOWOTNY, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, KUNZ/HOFFMANN-NOWOTNY/STAUBER [éd.], 2013, n. 25 ad art. 319 CPC).

2.1.2 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, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 9 ad art. 126 CPC).

Si la condition du préjudice difficilement réparable n'est pas remplie, la partie doit attaquer l'ordonnance avec la décision finale sur le fond (ACJC/327/2012 du 9 mars 2012 consid. 2.4 et les réf. citées; Message du Conseil fédéral relatif au CPC, FF 2006 6841, p. 6984; OBERHAMMER, in Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2014, n. 13 ad art. 319 CPC).

2.1.3 La notion de préjudice difficilement réparable se retrouve également dans les conditions matérielles du prononcé de mesures provisionnelles (cf. art. 261 al. 1 let. b CPC) et dans celles de la suspension de l'exécution de ces mesures durant la procédure d'appel (cf. art. 315 al. 5 CPC). Dans les deux cas, le préjudice difficilement réparable peut être de nature factuelle; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès. Le dommage est constitué, pour celui qui requiert les mesures provisionnelles, par le fait que, sans celles-ci, il serait lésé dans sa position juridique de fond et, pour celui qui recourt contre le prononcé de telles mesures, par les conséquences matérielles qu'elles engendrent (arrêt 5D_211/2011 du 30 mars 2012 consid. 6.3, destiné à la publication, et les références).

2.2 En l'espèce, contrairement à ce que tente de soutenir le recourant, la décision querellée ne statue pas sur l'étendue de son droit de visite et ne modifie en rien la situation sur ce point telle qu'elle prévaut depuis le prononcé des mesures provisionnelles le 12 mai 2015, contre lesquelles il n'a pas formé appel. Ainsi, même s'il était fait droit à son recours, son droit de visite n'en serait pas immédiatement modifié pour autant, de sorte que la décision querellée ne lui cause pas de dommage difficilement réparable. Y faire droit conduirait au contraire à prolonger une procédure sur le point de se terminer par un jugement, susceptible d'appel dans le cadre duquel le recourant pourra faire valoir tous les moyens au fond, s'il s'y estime fondé.

Le recours sera en conséquence déclaré irrecevable.

- 3.** Le recourant, qui succombe, sera condamné aux frais judiciaires du recours, lesquels sont arrêtés à 1'000 fr., y compris la décision sur effet suspensif (art. 104 al. 1, 105 et 106 al. 1 CPC, art. 41 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC, E 1 05.10). Ils sont entièrement compensés avec l'avance de frais fournie par le recourant, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Il sera en outre condamné à verser à l'intimée la somme de 600 fr. à titre de dépens de recours (art. 86 RTFMC).

La *provisio ad litem* constituant une simple avance, qui doit en principe être restituée, il ne se justifie plus de statuer sur l'octroi d'une telle avance lorsque la procédure est arrivée à son terme (arrêt du Tribunal fédéral 5A_777/2014 précité consid. 6.3). Dès lors, il ne sera pas statué sur les conclusions de l'intimée en versement d'une *provisio ad litem*.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare irrecevable le recours formé par A_____ contre l'ordonnance rendue par le Tribunal de première instance le 23 juin 2016 dans la cause C/23864/2014.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 1'000 fr., les met à la charge d'A_____ et dit qu'ils sont compensés avec l'avance fournie du même montant, qui reste acquise à l'Etat.

Condamne A_____ à payer à B_____ 600 fr. à titre de dépens de recours.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Pauline ERARD et Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Camille LESTEVEN

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.