



POUVOIR JUDICIAIRE

C/2441/2020

ACJC/1237/2020

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 8 SEPTEMBRE 2020**

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, Genève, recourant d'une ordonnance rendue par la 9^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 26 février 2020, comparant par Me Lionel Serex, avocat, Zeltweg 44, case postale, 8032 Zürich, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____, _____ (GE), intimée, comparant par Me C_____, avocate, _____, Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 18 septembre 2020.

EN FAIT

A. a. Par jugement JTPI/15105/2009 du 26 novembre 2009, le Tribunal de première instance a, statuant sur requête commune en divorce, notamment dissous par le divorce le mariage contracté le _____ 2004 à D_____ (Canada) entre A_____, né le _____ 1969, et B_____, née le _____ 1969 (ch. 1 du dispositif), attribuant la garde des deux enfants, E_____, né le _____ 2005, et F_____, née le _____ 2006, à leur mère (ch. 2) et réservant au père un large droit de visite, devant s'exercer à raison d'un week-end sur deux, d'un soir par semaine et de la moitié des vacances scolaires (ch. 3). Le Tribunal a également ratifié la convention de divorce passée par A_____ et B_____ le _____ 2009 pour faire partie intégrante du jugement et condamné, en tant que de besoin, A_____ et B_____ à en respecter les termes (ch. 7).

b. Selon l'art. 13 de la convention en vue du divorce et de ses effets accessoires conclue entre A_____ et B_____ le _____ 2009 (ci-après : la convention de divorce), *"tout différend résultant de la [...] convention ou en rapport avec celle-ci est réglé par voie de médiation. Dans le cas où le différend n'a pas pu être complètement résolu par la médiation dans un délai de 60 jours à compter de la date de confirmation ou de nomination du médiateur, les Tribunaux de la République et du Canton de Genève sont seuls compétents pour connaître de tout différend résultant ou en rapport avec la [...] convention. [...]"*.

c. Par acte déposé au greffe du Tribunal le 7 février 2020, B_____ a formé une demande en modification du jugement de divorce, assortie de mesures superprovisionnelles et provisionnelles.

Elle a conclu, tant sur mesures superprovisionnelles et provisionnelles qu'au fond, à la modification du chiffre 3 du dispositif du jugement JTPI/15105/2009 du 26 novembre 2009 en ce sens que le droit de visite de A_____ sur les enfants E_____ et F_____ soit suspendu avec effet immédiat, respectivement qu'il soit dit qu'en l'état aucun droit de visite de A_____ sur les enfants E_____ et F_____ n'est prévu.

d. Par ordonnance du même jour, le Tribunal a admis la requête de mesures superprovisionnelles et suspendu avec effet immédiat le droit de visite de A_____ sur les enfants E_____ et F_____.

e. Par courrier du 13 février 2020, A_____ a sollicité que soit ordonné au SPMi (*recte* : SEASP) d'établir un rapport d'évaluation sociale et que les enfants E_____ et F_____ soient représentés par un curateur dans le cadre de la procédure l'opposant à B_____.

-
- B.** Par ordonnance du 26 février 2020, reçue le 2 mars 2020 par A_____, le Tribunal a transmis à celui-ci la demande en modification du jugement de divorce et ses pièces (ch. 1 du dispositif), cité les parties à comparaître personnellement à une audience devant se tenir le mercredi 1^{er} avril 2020 à 14h en salle R2 et devant porter sur une tentative de conciliation, ainsi que sur les mesures provisionnelles (ch. 2), prescrit que les déterminations de A_____ sur les mesures provisionnelles y interviendraient par oral (ch. 3), invité celui-ci à produire, en deux exemplaires, toutes pièces utiles au plus tard 10 jours avant l'audience (ch. 4) et averti les parties que si elles refusaient de collaborer sans motif valable, le Tribunal en tiendrait compte lors de l'appréciation des preuves (ch. 5).
- C. a.** Par acte expédié le 12 mars 2020 au greffe de la Cour, A_____ forme un recours contre les chiffres 2 à 4 de l'ordonnance du 26 février 2020 dont il sollicite l'annulation avec suite de frais et dépens.

Cela fait, il conclut, en dernier lieu, à ce que l'audience de tentative de conciliation du 1^{er} avril 2020 soit annulée, à ce que le Tribunal soit déclaré incompétent *ratione temporis* quant à la demande en modification du jugement de divorce du 7 février 2020, à ce que la procédure en modification du jugement de divorce soit suspendue jusqu'à ce que la procédure de médiation soit conduite, à ce qu'il soit dit et constaté qu'il ne pourrait pas y avoir d'audience de comparution personnelle sur mesures provisionnelles tant que la question de la désignation d'un curateur n'a pas été résolue et à ce que la cause soit renvoyée au Tribunal pour décision sur la nomination d'un curateur. Subsidiairement, il sollicite le renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

En substance, il considère subir un préjudice difficilement réparable dans la mesure où le Tribunal serait incompétent *ratione temporis*, à savoir aussi longtemps que la médiation prévue dans la convention de divorce n'a pas été mise en œuvre, car, en ne suspendant pas la procédure immédiatement, le premier juge compromettrait la mise en œuvre de la médiation. Les contraintes procédurales empêcheraient les parties de se dédier suffisamment à leur médiation et pourrait sérieusement mettre en péril le processus de règlement amiable du litige, la médiation n'ayant pas pour vocation d'intervenir à l'issue de la procédure au fond mais au début. A_____ reproche également au Tribunal un retard injustifié s'agissant de la nomination d'un curateur de représentation des enfants, celle-ci devant impérativement intervenir avant la première audience de mesures provisionnelles.

b. Par courrier du 16 mars 2020, les parties ont été informées par le Tribunal du fait que l'audience du 1^{er} avril 2020 était, en raison des circonstances exceptionnelles dues à la crise COVID, annulée et qu'elle serait reconvoquée ultérieurement.

c. Interpellé par la Cour s'agissant de la suite à donner à son recours, A_____ a, par courrier du 2 avril 2020, intégralement persisté dans ses conclusions.

Il relève que l'annulation de l'audience était uniquement en lien avec la situation sanitaire, de sorte que lorsque celle-ci aurait cessé, le Tribunal rendrait probablement la même ordonnance que celle du 26 février 2020 contre laquelle il devrait également former recours. Par ailleurs, la procédure judiciaire n'ayant pas été suspendue ni le curateur de représentation des enfants nommé, son intérêt digne de protection était encore actuel.

d. Dans sa réponse, B_____ conclut au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions avec suite de frais et dépens.

Elle relève en substance que le Tribunal devait pouvoir se déterminer sur la nécessité de nommer un curateur de représentation des enfants en se basant sur les positions des parties exprimées lors de la première audience. Il était dès lors normal qu'aucune nomination n'intervienne avant la première audience. S'agissant de la médiation, B_____ soutient que le Tribunal devait pouvoir connaître les points sur lesquels les parties s'opposaient et s'assurer que les deux parties souhaitaient procéder à une médiation, soulignant encore le fait que, compte tenu de l'âge des enfants, à savoir 13 ans et bientôt 15 ans, il n'était pas certain que le problème puisse être réglé, que ce soit dans le cadre d'une conciliation ou d'une médiation, sans impliquer les enfants personnellement. Une médiation entre parents ne permettrait ainsi pas de trouver une solution. En tout état, les enfants n'ayant pas été parties à la procédure de divorce de leur parent, ils n'étaient pas liés par la clause de médiation prévue dans la convention de divorce.

e. Les parties ont encore répliqué, respectivement dupliqué, persistant dans leurs conclusions.

A_____ a produit de nouvelles pièces à l'appui de sa réplique et B_____ en a également produit une.

f. Les parties ont été informées par plis du greffe de la Cour du 8 juin 2020 de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. 1.1

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).

Le délai de recours est de dix jours, à moins que la loi n'en dispose autrement (art. 321 al. 2 CPC).

1.1.2 Selon l'art. 319 let. c CPC, le recours est également recevable en cas de retard injustifié du Tribunal. Il peut être formé en tout temps (art. 324 al. 4 CPC).

1.1.3 Les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC).

1.1.4 Le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC).

Ces conditions sont notamment réunies lorsque le recourant dispose d'un intérêt digne de protection à former recours (art. 59 al. 2 let. a CPC).

L'intérêt au recours fait défaut, en particulier, lorsque l'acte de l'autorité a été exécuté ou est devenu sans objet. L'intérêt est également nul lorsque l'admission du recours ne permettrait pas la réparation du préjudice subi. Selon la jurisprudence, il y a lieu toutefois de faire abstraction de l'intérêt pratique et actuel lorsque la mesure attaquée soulève une question de principe qui peut se poser en tout temps dans des circonstances identiques ou semblables et qui, en raison de la trop courte durée de la procédure, ne pourrait jamais être tranchée si le recours était déclaré irrecevable (ATF 128 III 465 consid. 1 *in fine*; ACJC/554/2011 du 27 avril 2011 consid. 2.5).

1.2 En l'espèce, en tant que l'ordonnance transmet la demande de l'intimée au recourant, dit que les déterminations de celui-ci interviendraient oralement, impartit à celui-ci un délai pour remettre au Tribunal les pièces utiles à la résolution du litige et cite les parties à une audience de conciliation et de mesures provisionnelles, elle constitue une ordonnance d'instruction portant sur la conduite du procès, susceptible d'un recours immédiat. L'hypothèse visée à l'art. 319 let. b ch. 1 CPC n'étant pas réalisée, le recours est soumis aux conditions restrictives de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC; il n'est recevable que pour autant que l'ordonnance querellée soit de nature à causer un préjudice difficilement réparable au recourant.

Le recours est interjeté en temps utile et selon la forme prévue par la loi (art. 130, 131 et 321 al. 1 à 3 CPC).

Il y a lieu de souligner ici que l'intérêt digne de protection du recourant apparaît douteux dans la mesure où l'acte d'instruction litigieux, à savoir la tenue de l'audience de conciliation et de mesures provisionnelles du 1^{er} avril 2020, a été annulée le 16 mars 2020 en raison de la crise sanitaire. La question n'a toutefois pas besoin d'être tranchée compte tenu de ce qui suit.

Le recourant invoquant également dans le cadre de son recours le retard injustifié pris par le Tribunal, ce recours, qui peut être formé en tout temps, est recevable à cet égard.

S'agissant des pièces nouvelles produites à l'appui de la réplique et de la duplique, elles sont irrecevables de même que les faits auxquels elles se rapportent.

2. Reste à examiner la condition du préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC.

2.1

2.1.1 La notion de "*préjudice difficilement réparable*" est plus large que celle du "*préjudice irréparable*" au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (ATF 138 III 378 consid. 6.3; 137 III 380 consid. 2 *in* SJ 2012 I p. 73; arrêt du Tribunal fédéral 5A_24/2015 du 3 février 2015).

Constitue un "*préjudice difficilement réparable*" toute incidence dommageable, y compris financière ou temporelle, qui ne peut être que difficilement réparée dans le cours ultérieur de la procédure. L'instance supérieure doit se montrer exigeante, voire restrictive avant d'admettre l'accomplissement de cette condition, sous peine d'ouvrir le recours à toute décision ou ordonnance d'instruction, ce que le législateur a clairement exclu : il s'agit de se prémunir contre le risque d'un prolongement sans fin du procès (ATF 138 III 378 consid. 6.3; 137 III 380 consid. 2 *in* SJ 2012 I p. 73; ACJC/1144/2017 du 12 septembre 2017 consid. 1.3.1; ACJC/1311/2015 du 30 octobre 2015 consid. 1.1; JEANDIN, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^{ème} éd., 2019, n. 22 *ad* art. 319 CPC; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2010, n. 2485).

Le préjudice sera ainsi 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 (REICH, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Baker & McKenzie, 2010, n. 8 *ad* art. 319 CPC). Tel peut être le cas lorsqu'un témoin est mourant, ou lorsque la preuve risque de devenir notablement plus difficile, p. ex. par la destruction de pièces. Une simple prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci ne constitue pas un préjudice difficilement réparable (SPÜHLER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^{ème} éd., 2017, n. 7 *ad* art. 319 CPC; HOFFMANN-NOWOTNY, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, n. 25 *ad* art. 319 CPC).

Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir la possibilité que la décision incidente critiquée lui causerait un préjudice difficilement réparable, à moins que cela ne fasse d'emblée aucun doute (par analogie : ATF 137 III 324 consid. 1.1; 134 III 426 consid. 1.2; 133 III 629 consid. 2.3.1).

2.1.2 Si toutes les parties en font la demande, la procédure de conciliation est remplacée par une médiation (art. 213 al. 1 CPC). La demande est déposée dans la requête de conciliation ou à l'audience (art. 213 al. 2 CPC).

2.2 En l'espèce, le recourant ne convainc pas dans ses explications s'agissant du préjudice difficilement réparable que lui causerait l'ordonnance querellée en tant qu'elle cite les parties à comparaître à une première audience de conciliation au lieu de suspendre la procédure jusqu'à la conduite de la médiation.

En effet, dans le cas d'espèce, la tenue d'une première audience de conciliation a pour objectif de permettre au recourant d'exposer sa version des faits suite à la demande de l'intimée. Du côté de l'intimée, elle sera notamment interpellée par le Tribunal pour se déterminer sur la requête du recourant en remplacement de la conciliation par la médiation et exprimera sa position à cet égard. Le choix de procéder à cet égard oralement et non par écrit appartient exclusivement au juge et les parties ne sauraient imposer leur volonté.

Par ailleurs, cette première audience de conciliation – qui n'exclut pas qu'une médiation soit mise en œuvre à son issue ou plus tard dans la procédure – constitue, tout au plus, un prolongement de la procédure, lequel n'est pas, au vu de la jurisprudence précitée, susceptible de causer un préjudice difficilement réparable au recourant.

Bien qu'il soit concevable que l'absence de suspension immédiate de la procédure puisse dans une certaine mesure s'avérer contre-productive dans le cadre d'une éventuelle future médiation, elle ne saurait, à ce stade de la procédure, à savoir avant même la détermination de l'intimée sur la mise en œuvre d'une médiation et avant toute instruction sur l'exception d'incompétence *ratione temporis* soulevée, causer au recourant un préjudice difficilement réparable.

Enfin, le recourant ne dit mot sur la raison pour laquelle le fait de devoir se déterminer par oral lors de l'audience et non par écrit ainsi que de devoir transmettre au Tribunal les pièces utiles dix jours avant l'audience lui causerait un préjudice difficilement réparable, lequel n'est pas d'emblée évident.

Partant, en l'absence de préjudice difficilement réparable au sens de la loi, le recours contre l'ordonnance d'instruction querellée, en tant qu'elle cite les parties à une audience de conciliation, prescrit que les déterminations du recourant y interviendront par oral et invite celui-ci à produire toutes pièces utiles au plus tard 10 jours avant l'audience, est irrecevable.

- 3.** Le recourant reproche encore au premier juge un retard injustifié en tant qu'aucun curateur de représentation des enfants n'a encore été nommé malgré sa requête du 13 février 2020.

3.1

3.1.1 Il y a retard injustifié à statuer lorsque l'autorité compétente ne rend pas une décision qui lui incombe de prendre dans le délai prescrit par la loi ou dans le délai que la nature de l'affaire et les circonstances font apparaître comme raisonnable. Ce qui doit être considéré comme une durée raisonnable s'apprécie selon les circonstances particulières de la cause, eu égard en particulier à la complexité et l'urgence de l'affaire, au comportement des autorités et des parties, ainsi qu'à l'enjeu du litige pour l'intéressé (ATF 135 I 265 consid. 4.4; arrêts du Tribunal fédéral 5A_670/2016 du 13 février 2017 consid. 3.1; 5A_684/2013 du 1^{er} avril 2014 consid. 6.2).

3.1.2 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. Le tribunal examine s'il doit instituer une curatelle, en particulier si les parents déposent des conclusions différentes relatives à des questions importantes concernant les relations personnelles (art. 299 al. 2 let. a ch. 3 CPC) ainsi que lorsque le père ou la mère le requièrent (art. 299 al. 2 let. b CPC).

Même dans les situations visées par l'art. 299 al. 2 CPC, la désignation d'un curateur n'a pas lieu automatiquement et le juge n'est pas tenu de rendre une décision formelle à ce propos (arrêts du Tribunal fédéral 5A_465/2012 du 18 septembre 2012 consid. 4.1.2; 5C.274/2001 du 23 mai 2002 consid. 2.5.2 *in* FamPra.ch 2002, 845).

Cette question doit toutefois être présente à l'esprit du juge d'un bout à l'autre de la procédure, et mènera à la nomination d'un curateur dès que le juge aura acquis la conviction de ce qu'une telle représentation est nécessaire (JEANDIN, *op. cit.*, n. 9 ad art. 299 CPC).

Eu égard à la portée préjudicielle de certaines ordonnances de conduite du procès, la représentation de l'enfant doit être mise en œuvre le plus tôt possible. Pour cette raison, les pouvoirs du représentant ne s'appliquent pas seulement dans les procédures de divorce au fond, mais déjà en procédure de mesures protectrices ou provisionnelles (ATF 142 III 153 consid. 5.2.3.3).

3.2 En l'espèce, contrairement à ce que soutient le recourant, on ne discerne, à ce stade de la procédure, aucun retard injustifié dans la nomination d'un curateur de représentation des enfants.

En effet, même si la nomination d'un curateur de représentation des enfants peut s'avérer nécessaire déjà dans le cadre de mesures provisionnelles, il n'en demeure pas moins que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard et qu'il n'est pas tenu de donner suite à la demande du recourant s'il n'a pas acquis la conviction qu'une telle représentation s'avère effectivement nécessaire.

Dans le cas d'espèce, la demande du recourant de nommer un curateur de représentation pour les enfants a été formée dans son courrier adressé au Tribunal le 13 février 2020 alors qu'il n'avait pas encore été entendu par ce dernier. Le premier juge, ignorant ainsi la position du recourant s'agissant des points concernant les enfants, tant sur mesures provisionnelles qu'au fond, ne pouvait pas avoir acquis la conviction de la nécessité de faire représenter les enfants dans le cadre de la procédure. Il n'était pas non plus tenu de donner automatiquement suite à la demande du recourant dans la mesure où il n'était pas exclu que le litige soit réglé lors de l'audience de mesures provisionnelles, auquel cas la nomination d'un curateur de représentation des enfants se serait avérée inutile. Enfin, le Tribunal ne saurait statuer sur cette question avant d'avoir donné à l'intimée la possibilité de se déterminer, ce qu'elle n'avait pas encore fait lors du dépôt du recours.

Compte tenu des éléments qui précèdent, aucun retard injustifié ne saurait être reproché au premier juge.

Le recours sera dès lors rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

4. Le recourant, qui succombe, sera condamné aux frais judiciaires du recours, arrêtés à 800 fr. et compensés avec l'avance de même montant versée par ses soins, laquelle restera acquise à l'Etat de Genève (106 al. 1 et 111 al. 1 CPC; art. 41 RTFMC).

Compte tenu de la nature familiale du litige, chaque partie gardera ses propres dépens à sa charge (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

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

Rejette le recours interjeté le 12 mars 2020 par A_____ contre l'ordonnance du 26 février 2020 rendue par le Tribunal de première instance dans la cause C/1_____/2019 dans la mesure de sa recevabilité.

Sur les frais des recours :

Met à la charge de A_____ les frais judiciaires de recours, arrêtés à 800 fr. et compensés avec l'avance versée par ses soins de même montant, acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens de recours.

Siégeant :

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

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Sophie MARTINEZ

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.