Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 473/2010

Arrêt du 23 juillet 2010
IIe Cour de droit civil

Composition
Mmes et M. les Juges Hohl, Présidente,
Escher et Marazzi.
Greffière: Mme Aguet.

Participants à la procédure
A._____, (époux),
représentée par Me Marc Lironi, avocat,
recourante,

contre

dame A._____, (épouse),
représenté par Me Anne Sonnex Kyd, avocate,
intimé.

Objet
mesures préprovisoires,

recours contre l'ordonnance de la
Vice-Présidente du Tribunal de première instance de Genève du 17 mai 2010.

Faits:

A.
A.a Les époux A._____ se sont mariés le 21 novembre 1992 en Australie. Quatre enfants sont issus de leur union, B._____, né le 7 octobre 1995, C._____, né le 20 novembre 1998, D._____ et E._____, nées le 18 mai 2001.
A.b Le 14 mars 2006, l'épouse a déposé une requête en divorce auprès du Tribunal de grande instance de Z._____ (France), les époux et les enfants étant à cette date tous domiciliés sur le territoire français.

Le 1er juillet 2008, l'épouse - au domicile de laquelle la résidence habituelle des enfants avait été fixée à titre provisoire par jugement du 18 septembre 2008 - est venue s'établir avec les quatre enfants à X._____.
A.c Le 30 mars 2010, le Tribunal de grande instance de Z._____ (France) a rendu un jugement en premier ressort par lequel il a prononcé le divorce des époux et, sur mesures accessoires relatives aux enfants, rejeté l'exception d'incompétence soulevée par l'épouse, validé la compétence du juge français pour statuer en l'espèce dans l'intérêt des enfants, dit que l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, fixé la résidence habituelle de l'enfant B._____ au domicile de la mère, dit que les droits de visite et d'hébergement du père s'exerceront librement et amiablement entre les parents, fixé la résidence habituelle des enfants C._____, D._____ et E._____ au domicile du père, tout en fixant un droit de visite en faveur de la mère de manière relativement précise.

L'épouse a fait appel de ce jugement auprès des tribunaux français.

B.
B.a Le 12 avril 2010, l'épouse a déposé devant le Tribunal de première instance de Genève une requête en modification des mesures provisoires rendues le 30 mars 2010 par le Tribunal de grande instance de Z._____ (France), ainsi qu'une requête de mesures provisionnelles; dans le cadre de celle-ci, elle a conclu à ce qu'il soit fait interdiction à l'époux d'approcher les enfants et elle-même, ainsi que la résidence habituelle des enfants à X._____ et leur école, sous la menace de l'art. 292 CP.

Elle a en outre conclu, sur mesures préprovisoires, après audition des parties, à ce que le jugement du Tribunal de grande instance de Z._____ (France) soit annulé et à ce que, cela fait, l'autorité parentale et la garde des quatre enfants lui soient attribuées, le droit de visite du père sur les enfants étant suspendu jusqu'à ce qu'un rapport d'évaluation sociale soit rendu par le Service de protection des mineurs et à ce que l'époux soit condamné à lui verser 3'000 fr. à titre de contribution à l'entretien de la famille.
B.b Par ordonnance du 17 mai 2010, la Vice-présidente du Tribunal de première instance de Genève a déclaré irrecevables les mesures préprovisoires urgentes déposées par l'épouse le 12 avril 2010 et débouté celle-ci de toutes ses conclusions sur mesures provisionnelles.
S'agissant des mesures préprovisionnelles, la vice-présidente a considéré en substance qu'aucune procédure au fond n'a été déposée devant le Tribunal de première instance de Genève, que l'épouse saisit les tribunaux genevois non par le biais d'une demande en justice séparée, mais uniquement par le biais d'une requête en modification de mesures provisoires, impossible à elle seule, que, quoi qu'il en soit, les mesures préprovisoires urgentes ne peuvent être octroyées que jusqu'à la première audition des époux et qu'elles ne peuvent par conséquent en aucun cas venir modifier des mesures provisoires, qui plus est rendues par un tribunal étranger.

C.
L'épouse interjette le 28 juin 2010 un recours en matière civile au Tribunal fédéral, concluant à l'annulation de l'ordonnance attaquée en ce qu'elle déclare irrecevable sa demande de mesures préprovisoires urgentes, et cela fait, à l'annulation du jugement rendu le 30 mars 2010 par le Tribunal de grande instance de Z._____ (France) en tant qu'il statue sur le sort des enfants, les conclusions de sa requête de mesures préprovisoires étant admises; subsidiairement, elle conclut à l'annulation de l'ordonnance attaquée et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle se plaint d'un déni de justice (art. 29 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH).
L'intimé n'a pas été invité à se déterminer.

Considérant en droit:

1.
Le Tribunal fédéral examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 134 III 115 consid. 1 p. 117).

1.1 La décision attaquée déclare irrecevable une requête de mesures préprovisoires urgentes. En vertu de l'art. 75 al. 1 LTF, le recours en matière civile est recevable contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance; "le recourant doit donc avoir épuisé toutes les voies de droit cantonales pour les griefs qu'il entend invoquer devant le Tribunal fédéral" (Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4109). Cette exigence vise aussi bien les décisions finales (art. 90 LTF) que les décisions préjudicielles ou incidentes (art. 93 LTF; cf. à cet égard, sur la question de la qualification des décisions de mesures préprovisionnelles, arrêt 5A 678/2007 du 8 janvier 2008 consid. 2.1).

Selon la jurisprudence, la possibilité d'obtenir la modification ou la révocation d'une ordonnance de mesures préprovisionnelles constitue un moyen de droit cantonal qui doit être préalablement épuisé. Il en va de même lorsque le droit cantonal prescrit au juge de fixer l'audience pour entendre les parties et le charge de confirmer, modifier ou révoquer l'ordonnance de mesures préprovisionnelles (arrêt 5A 678/2007 du 8 janvier

2008 consid. 3; arrêt 5A 579/2009 du 17 septembre 2009; arrêt 5A 625/2008 du 27 juillet 2009 consid. 3.2; cf. ATF 120 Ia 61 consid. 1a p. 62). Le requérant ne peut exiger une décision sur son droit à des mesures provisionnelles d'urgence. L'arrêt 5A 76/2007 du 30 mai 2007 cité par la recourante à l'appui de la recevabilité de son recours, qui vise une autre situation, est inapplicable (arrêt 5A 155/2010 du 3 juin 2010 consid. 1.2). Fait exception la décision de mesures préprovisionnelles rendue en matière de suspension de la poursuite, car si le juge a rejeté la requête d'extrême urgence et que la faillite du poursuivi est prononcée, aucune décision de mesures provisionnelles ne pourra se substituer à celle refusant la suspension à titre préprovisoire (arrêt 5A 712/2008 du 2 décembre 2008 consid. 1.2).

1.2 L'ordonnance de mesures préprovisoires attaquée a été rendue conformément à l'art. 381 al. 1 LPC/GE et n'est pas susceptible d'un recours cantonal (art. 381 al. 3 LPC/GE). En vertu de l'art. 381 al. 4 LPC/GE, dès la première audition des époux, chacun d'eux peut requérir des mesures provisoires qui se substituent aux mesures préprovisoires. Le juge des mesures provisionnelles statuera sur les mesures provisoires requises, sans être lié d'aucune sorte par la décision préprovisionnelle. Mieux informé que le juge ayant statué, il pourra prendre d'autres dispositions sur les objets litigieux: dans ce cas, sa décision se substituera à celle rendue en urgence, laquelle n'aura dès lors plus d'existence. Ainsi, le jugement rendu en application de l'art. 382 LPC/GE remplace celui qui a été préalablement prononcé en application de l'art. 381 LPC/GE (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMID, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, vol. III, n°9 ad art. 381 LPC/GE).
En l'espèce, la recourante a déposé parallèlement à sa requête de mesures préprovisoires urgentes une requête de mesures provisionnelles - dont les conclusions n'étaient toutefois pas identiques -, qui a été rejetée dans la décision attaquée et à laquelle son recours devant la cour de céans ne s'étend pas. Conformément à l'art. 381 al. 4 LPC, il lui est encore loisible de déposer une nouvelle requête de mesures provisionnelles portant sur le même objet que ses conclusions superprovisionnelles. Au demeurant, l'intéressée expose dans son écriture qu'une nouvelle procédure visant l'instauration de mesures provisoires est en cours; une audience de comparution personnelle des parties sera appointée au plus tôt en septembre 2010.
Il s'ensuit que la décision attaquée n'a pas été rendue en dernière instance cantonale puisque des mesures provisoires qui se substitueront à l'ordonnance de mesures préprovisionnelles seront rendues ou, à tout le moins, peuvent être requises, cette voie de droit constituant un moyen cantonal qui doit être épuisé avant de saisir le Tribunal fédéral, conformément à l'art. 75 al. 1 LTF.

2.
Vu ce qui précède, le recours est irrecevable. La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est irrecevable.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.
Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Vice-Présidente du Tribunal de première instance de Genève.

Lausanne, le 23 juillet 2010
Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse
La Présidente: La Greffière:

Hohl Aguet