Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1P.390/2004/col

Arrêt du 28 octobre 2004
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Aemisegger, Président de la Cour et Président du Tribunal fédéral, Aeschlimann, Reeb, Féraud et Fonjallaz.
Greffier: M. Parmelin.

Parties
A._____,
B._____,
recourants,
tous deux représentés par Me Christian Reiser, avocat,

contre

C._____, représenté par Me Elisabeth Ziegler, avocate, rue Henri-Mussard 22, 1208 Genève,
la banque D._____,
Institut Suisse de droit comparé,
Dorigny, 1015 Lausanne,
intimés,
Chambre civile de la Cour de justice du canton
de Genève, case postale 3108, 1211 Genève 3.

Objet
procédure civile; récusation d'un expert,

recours de droit public contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du 4 juin 2004.

Faits:
A.
X._____, ressortissant égyptien, est décédé le 24 février 1996 au Caire, où il était domicilié, des suites d'une grave maladie. Outre son épouse, il laissait une fille d'un premier mariage, C._____, et deux fils d'un second lit.
A la demande du défunt, Mes A._____ et B._____, avocats à Genève, ont constitué en mars 1990 une fondation de famille ayant son siège au Liechtenstein, dont ils étaient membres du conseil de fondation. Le patrimoine de cette fondation était notamment composé d'avoirs bancaires déposés auprès de la banque D._____, à Genève, qui ont été partagés entre les héritiers du défunt dans le cadre de la liquidation de la succession.
Le 25 août 2000, C._____ a déposé devant le Tribunal de première instance du canton de Genève une demande en reddition de compte à l'encontre de A._____ et B._____, d'une part, et de la banque D._____, d'autre part, visant à obtenir les relevés de tous les comptes ouverts auprès de cet établissement, dont son père avait été l'ayant droit économique, dès le 1er janvier 1993. Elle fondait notamment sa qualité pour agir sur un avis de droit établi le 6 juin 2000 par l'Institut suisse de droit comparé, à Lausanne, qui reconnaissait sa qualité d'héritière réservataire selon le droit successoral égyptien.
Par jugement du 3 décembre 2001, le Tribunal de première instance a admis la demande et ordonné aux dé-

fendeurs, pris conjointement et solidairement, de remettre à C._____ les relevés de tous les comptes dont le père de la requérante avait été l'ayant droit économique pour la période comprise entre le 1er janvier 1994 et le 24 février 1996. Elle a en outre ordonné à la banque D._____ de préciser à quelle date, pour quels montants et en faveur de quels bénéficiaires avaient été effectués, par le débit des comptes dont X._____ était l'ayant droit économique, des transferts dont le montant atteignait ou dépassait 100'000 francs ou leur équivalent en monnaie étrangère, pour la même période. Enfin, elle a ordonné à A._____ et à B._____ de mettre à disposition de la demanderesse les documents relatifs aux actes de disposition accomplis par les sociétés E._____ et F._____ entre le 1er janvier 1994 et le 24 février 1996, pour autant que le défunt ait été l'ayant droit économique de ces sociétés pendant la période considérée.
Le 21 janvier 2002, A._____ et B._____ ont fait appel de ce jugement auprès de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: la Cour de justice ou la cour cantonale). Dans le cadre de cette procédure, C._____ a produit, en date du 28 mars 2003, un chargé de pièces comportant notamment un avis de droit établi le 27 mars 2003 à sa demande par l'Institut suisse de droit comparé, relatif à la notion de "dernière maladie" selon le droit égyptien, dont les appelants ont demandé le retrait de la procédure pour cause de tardiveté.
A l'occasion d'une audience de comparution des mandataires tenue le 24 février 2004, le juge délégué à l'instruction de la cause a fait savoir aux parties qu'il entendait compléter sa connaissance du droit étranger et solliciter un avis de droit de l'Institut suisse de droit comparé afin notamment de déterminer les renseignements que les héritiers légaux étaient, le cas échéant, en droit d'exiger des banques ou des tiers mandataires du défunt selon le droit égyptien.
Le 16 mars 2004, les appelants ont accepté le principe d'un avis de droit en indiquant les questions complémentaires auxquelles ils entendaient que l'expert réponde. Ils ont accepté de prendre en charge la moitié de l'avance des frais d'expertise. Ils se sont en revanche opposés à ce que le mandat soit confié à l'Institut suisse de droit comparé, étant donné que celui-ci avait été appelé à rendre deux avis de droit à la requête de la demanderesse.
Statuant par arrêt du 25 mars 2004, la Cour de justice a sollicité un avis de droit de l'Institut suisse de droit comparé, sur la base du questionnaire soumis aux parties et complété selon les voeux des appelants, et invité les parties à verser la moitié de l'avance des frais de l'avis de droit estimés à 5'000 francs. Elle a écarté les objections des appelants quant au choix de l'Institut suisse de droit comparé au motif que cet organisme ne fonctionnait pas en qualité d'expert du fait au sens de l'art. 255 de la loi de procédure civile genevoise (LPC gen.) et qu'il présentait toutes les garanties d'indépendance scientifique requises.
Le 13 avril 2004, A._____ et B._____ ont demandé la récusation de l'Institut suisse de droit comparé au motif qu'il avait déjà été appelé à intervenir dans la procédure à la requête de la partie adverse en se prévalant des motifs de récusation visés aux art. 91 let. a et d de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ gen.)
Par ordonnance du 4 juin 2004, la Cour de justice a déclaré cette requête irrecevable et imparti aux requérants un délai au 28 juin 2004 pour verser la part de l'avance de frais leur incombant par 2'500 francs. Elle a considéré que les avis de droit destinés à établir le contenu du droit étranger n'étaient pas, sur le plan de la procédure, assimilés à des rapports d'experts, de sorte que l'Institut suisse de droit comparé n'était pas susceptible d'être récusé "pour ne pas fonctionner comme expert". Statuant sur le fond, elle a estimé la requête en récusation mal fondée sous l'angle de l'art. 91 let. a et d LOJ gen., étant donné que cet organisme ne pouvait être considéré comme un témoin et que son activité scientifique, consistant à donner des renseignements et des avis de droit sur la base d'un état de fait préétabli ou en réponse aux questions posées, se distinguait de celle de conseil à un plaideur.
B.
Agissant par la voie du recours de droit public, A._____ et B._____ demandent au Tribunal fédéral d'annuler cet arrêt qu'ils tiennent pour arbitraire et contraire à la garantie d'un expert impartial et indépendant déduite de l'art. 29 al. 1 Cst. en relation avec les art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH.
La Cour de justice se réfère aux considérants de son arrêt. L'Institut suisse de droit comparé s'est brièvement déterminé. C._____ s'en remet à justice. La banque D._____ n'a pas déposé d'observations.
C.
Par ordonnance du 3 septembre 2004, le Président de la Ire Cour de droit public a admis la demande d'effet suspensif présentée par les recourants en ce sens que ces derniers ne payeront pas les frais liés au prononcé de la décision attaquée, ne verseront pas l'avance requise pour les frais d'expertise et que l'Institut suisse de droit comparé n'effectuera pas la mission confiée, jusqu'à droit jugé sur le recours de droit public.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Déposé en temps utile contre une décision incidente sur une demande de récusation, prise en dernière instance cantonale, qui ne peut être attaquée que par la voie du recours de droit public et qui touche les recourants dans leurs intérêts juridiquement protégés, le présent recours est recevable au regard des art. 84 ss OJ (cf. ATF 97 I 1 consid. 1b p. 3/4).
2.
La Cour de justice a déclaré irrecevable la requête de récusation formulée à l'encontre de l'Institut suisse de droit comparé car les avis de droit rendus par cet organisme n'étaient pas assimilables à des rapports d'experts. Se prononçant également sur le fond, elle a jugé la requête mal fondée au regard des motifs de récusation invoqués. Les recourants s'en prennent à l'une et l'autre motivation qu'ils tiennent pour arbitraires et contraires à la garantie d'un expert impartial et indépendant déduite des art. 29 al. 1 Cst., 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH, répondant ainsi aux exigences déduites de l'art. 90 al. 1 let. b OJ (ATF 121 I 1 consid. 5a p. 10; 121 IV 94 consid. 1b p. 95; 119 Ia 13 consid. 2 p. 16; 118 Ib 26 consid. 2b p. 28 et les arrêts cités; cf. aussi Jean-François Poudret, La pluralité de motivations, condition de recevabilité des recours au Tribunal fédéral?, in: Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, RDS 114/1996 p. 205 et les références citées).
2.1 Une décision est arbitraire et, partant, contraire à l'art. 9 Cst., lorsqu'elle méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité. Le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue en dernière instance cantonale que si elle est insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. Il ne suffit pas que la motivation de la décision soit insoutenable; encore faut-il qu'elle soit arbitraire dans son résultat (ATF 129 I 173 consid. 3 p. 178), ce qu'il appartient au recourant de démontrer (art. 90 al. 1 let. b OJ; ATF 124 I 247 consid. 5 p. 250).
Selon la jurisprudence relative aux art. 29 al. 1 Cst., 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH, les parties à une procédure ont le droit d'exiger la récusation d'un expert dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur son impartialité. Cette garantie tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer le jugement en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective est établie, car une disposition interne de l'expert ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partiale. Seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération; les impressions individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (ATF 127 I 196 consid. 2b p. 198; 126 I 68 consid. 3a p. 73, 168 consid. 2a p. 169; 125 II 541 consid. 4a p. 544 et les arrêts cités). Saisi du grief de la violation du droit à un expert indépendant et impartial, le Tribunal fédéral n'examine l'application et l'interprétation du droit cantonal que sous l'angle de l'arbitraire. Il apprécie en revanche librement la compatibilité de la procédure suivie en l'espèce avec les garanties offertes par les art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH (ATF 126 I 68 consid. 3b p. 73 et les arrêts cités).
2.2 L'art. 16 al. 1 LDIP consacre l'obligation, pour le juge, d'établir d'office le droit étranger, sans s'en remettre au bon vouloir des parties, auxquelles il doit donner la possibilité de s'exprimer au sujet du droit applicable à un stade de la procédure précédant l'appréciation de celui-ci (ATF 121 III 436 consid. 5a p. 438 et les références citées). Le juge cantonal doit donc déterminer le contenu du droit étranger, en s'inspirant des sources de ce dernier, comprenant la législation, la jurisprudence et éventuellement la doctrine, en particulier les commentaires. S'agissant du droit de pays voisins, le juge ne doit pas solliciter systématiquement l'avis d'un expert judiciaire, car l'application du droit étranger aux cas concrets rentre dans ses attributions et non pas dans celles de l'expert (ATF 119 II 93 consid. 2c/bb p. 94). L'obligation imposée par l'art. 16 al. 1 LDIP vaut également lorsqu'il s'agit d'établir le droit étranger d'un pays non voisin, en recourant à l'assistance que peuvent offrir les instituts et services spécialisés compétents, tel que l'Institut suisse de droit comparé (cf. art. 3 al. 1 let. c de la loi fédérale du 6 octobre 1978 sur l'Institut suisse de droit comparé [RS 425.1]; Message du Conseil
fédéral du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé, FF 1983 I 302, ch. 214.4; ATF 121 III 436 consid. 5b p. 439/440; Monica Mächler-Erne, in Honsell/Vogt/Schnyder, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, vol. 3, n. 8 ad art. 16 LDIP).
Selon la cour cantonale, les avis de droit destinés à établir le contenu d'un droit étranger ne sont pas, sur le

plan de la procédure, assimilés à des rapports d'experts, car le contenu de ce droit ne porte pas sur un fait susceptible de donner lieu à une expertise au sens de l'art. 255 al. 1 LPC. Elle se fonde en cela sur l'avis des commentateurs de la loi de procédure civile genevoise et sur la jurisprudence du Tribunal fédéral qui assimile les avis de droit accompagnant les recours non pas à des faits nouveaux, mais à des développements juridiques (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 3 in fine ad art. 255; ATF 109 II 280 consid. 2 p. 283). A supposer que cette manière de voir soit correcte et qu'une exception ne doive pas être admise lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu du droit étranger (en ce sens, Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St-Gallen, Berne 1999, ch. 2 let. a ad art. 90, p. 256, et ch. 1 let. g ad art. 112, p. 310; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2e éd., Aarau 1998, ch. 1 ad § 253, p. 501; François Bohnet, Code de procédure civile neuchâtelois commenté, Bâle 2003,
p. 102), cela ne signifie pas pour autant que les instituts et services spécialisés auxquels un tribunal fait appel pour l'aider à déterminer le contenu du droit étranger ne seraient soumis à aucune règle d'incapacité ou de récusation. La faculté reconnue au juge de prendre l'avis de tiers pour établir le contenu du droit étranger ne le dispense pas d'agir conformément aux principes fondamentaux de la procédure et, en particulier, de choisir un auxiliaire présentant les mêmes garanties d'impartialité et d'indépendance que celles requises d'un expert. Il est tout à fait possible que la personne appelée à établir un avis de droit soit liée à l'une des parties au litige de telle sorte qu'elle n'apparaît pas objectivement impartiale et indépendante. Il y a donc de bonnes raisons à faire valoir en faveur de l'application des règles de récusation aux tiers auxquels le tribunal recourt afin d'appréhender le contenu du droit étranger qu'il doit établir d'office en vertu de l'art. 16 al. 1 LDIP. Cette question peut cependant rester indécise, car le second motif retenu à titre subsidiaire par la Cour de justice pour écarter la demande de récusation échappe au grief d'arbitraire.
2.3 En vertu de l'art. 258 al. 1 LPC gen., les causes de récusation des experts sont les mêmes que pour les juges. Celles-ci sont définies aux art. 85 à 92 LOJ gen. L'art. 91 let. a LOJ gen. prévoit notamment que tout juge est récusable s'il a donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend. Selon l'art. 92 LOJ gen., la loi laisse aux tribunaux le pouvoir de décider si d'autres causes, qui peuvent être proposées, sont assez graves pour motiver la récusation.
La Cour de justice a retenu que l'activité scientifique de l'Institut suisse de droit comparé, consistant à donner des renseignements ou des avis de droit en matière de droit étranger sur la base de l'état de fait qui lui est soumis ou en réponse aux questions posées, n'était pas comparable à celle de conseil à un plaideur, au sens de l'art. 91 let. a LOJ gen. Cette motivation n'apparaît pas insoutenable.
L'Institut suisse de droit comparé, entré en fonction le 20 avril 1982, a été instauré par la Confédération en vertu d'une loi fédérale adoptée le 16 octobre 1978 afin notamment de fournir aux autorités judiciaires et administratives, ainsi qu'aux avocats et autres intéressés, des informations juridiques sur le droit étranger en mettant à leur disposition les documents nécessaires et en leur donnant des avis de droit (cf. Message du Conseil fédéral sur la création d'un Institut suisse de droit comparé, FF 1976 I 813). Il s'agit d'un établissement de droit public autonome, financé exclusivement par la Confédération. Les collaborateurs scientifiques reçoivent un traitement versé par celle-ci et ne touchent aucun pourcentage des émoluments perçus pour les renseignements ou les avis de droit qu'ils donnent conformément à un tarif établi par une ordonnance ad hoc du 4 octobre 1982 (RS 425.15; Bertil Cottier, L'Institut suisse de droit comparé, RIDC 1996 p. 381/ 382). Les avis de droit sont toujours rendus par écrit et portent les signatures du collaborateur scientifique chargé de sa rédaction et du directeur de l'institut. Ils se bornent à mentionner les règles du droit étranger pertinentes au regard de l'état de fait et des questions
soumis, laissant à leur destinataire le soin d'en tirer les conséquences dans le cas particulier; les collaborateurs scientifiques ne donnent ainsi pas de conseils juridiques et leur situation n'est pas comparable à celle d'un avocat ou d'un conseiller juridique mandaté selon les règles de droit privé pour donner un avis de droit à celui qui le rémunère par des honoraires. L'indépendance et l'impartialité de l'Institut suisse de droit comparé sont donc a priori garanties.
En l'occurrence, les deux avis de droit établis par cet institut à la demande de l'intimée sont conformes aux exigences précitées et ne contiennent en particulier aucun conseil à l'attention de celle-là. Pour le surplus, les recourants ne font valoir aucun motif de récusation concernant directement et personnellement leurs auteurs. Dans ces circonstances, on doit constater que l'Institut suisse de droit comparé n'a ni donné conseil à l'intimée, ni plaidé en sa faveur; il n'a pas plus critiqué des décisions de justice concernant le litige divisant les parties. On peut dès lors exclure toute suspicion fondée de partialité ou de manque d'indépendance de l'Institut suisse

de droit comparé qui résulterait du fait que l'intimée lui aurait demandé deux avis de droit.
Certes, aux termes de l'art. 91 let. a LOJ gen., l'expert est déjà récusable s'il a écrit sur le différend. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a cependant jugé qu'il était soutenable de s'écarter du texte clair d'une disposition, lorsque son application rigoureuse pourrait entraîner trop fréquemment la récusation, en l'absence de tout risque de prévention, alors que cette mesure doit rester l'exception. Il n'était ainsi pas arbitraire de considérer qu'une position de créancier, de débiteur ou de garant ne pouvait justifier une récusation de l'expert, en dépit du texte clair de l'art. 90 let. a LOJ gen., que si cette relation était propre à fonder l'apparence d'une prévention (arrêt 1P.294/2002 du 9 août 2002 consid. 4.3 partiellement publié à la SJ 2003 I p. 173; dans le même sens, s'agissant d'une clause du droit jurassien analogue à celle de l'art. 91 let. a LOJ gen., arrêt 1P.74/1996 du 22 mai 1996 consid. 3b). Il doit en aller de même en l'occurrence, à tout le moins lorsque, comme en l'espèce, les précédents écrits émanent d'un institut spécialisé présentant, de par la loi qui l'instaure, des garanties d'indépendance et d'impartialité dont ne peuvent a priori se prévaloir des experts privés rémunérés par l'une des
parties au litige. Le fait que l'Institut suisse de droit comparé a déjà donné deux avis de droit dans le cadre de la présente procédure, à la requête de l'intimée, ne saurait dès lors constituer un motif de récusation au sens de l'art. 91 let. a LOJ gen.
2.4 Enfin, l'arrêt attaqué n'aboutit pas à un résultat incompatible avec les garanties déduites des art. 29 al. 1 Cst., 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH. Certes, suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est en principe exclu de nommer une personne ayant fonctionné comme conseiller privé d'une partie en qualité d'expert judiciaire dans la suite de la procédure (ATF 124 I 34 consid. 3d p. 39; 122 IV 235 consid. 2h p. 239; 94 I 417 consid. 4 p. 424), même si certains auteurs admettent pareille possibilité (cf. Andreas Donatsch, Zur Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Sachverständigen, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zurich 1997, p. 44 et les références citées). Peu importe en définitive car, pour les raisons évoquées ci-dessus, l'Institut suisse de droit comparé ne saurait de toute manière être assimilé à un conseiller juridique privé, dont la nomination ultérieure en qualité d'expert judiciaire serait exclue par principe en vertu des art. 29 al. 1 Cst., 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH.
2.5 En tant qu'il tient à titre subsidiaire la requête de récusation pour mal fondée, l'arrêt attaqué échappe au grief d'arbitraire et ne viole pas les garanties minimales découlant du droit constitutionnel fédéral et du droit conventionnel.
3.
Le recours doit par conséquent être rejeté, aux frais des recourants qui succombent (art. 156 al. 1 OJ). Il n'y a pas lieu d'octroyer des dépens à l'intimée, qui s'en est remise à justice, et aux autorités concernées.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.
Un émolument judiciaire de 3'000 francs est mis à la charge des recourants.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.
Lausanne, le 28 octobre 2004
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: