[AZA 3]

4P.22/2000

Ie COUR CIVILE
****

28 mars 2000

Composition de la Cour: MM. Walter, président, Leu et Corboz,
juges. Greffier: M. Carruzzo.

_____

Statuant sur le recours de droit public
formé par
Eric Nieuwland, à Bernex, et la communauté héréditaire de feu Grégoire Salmanowitz, soit: Suzanne Salmanowitz, à Londres (Grande-Bretagne), et Elisabeth Salina Amorini, à Vandoeuvres, tous trois représentés par Me Louis Gaillard, avocat à Genève,
contre
l'arrêt rendu le 27 janvier 2000 par la Ière Section de la Cour de justice du canton de Genève dans la cause qui oppose les recourants à SGS, Société Générale de Surveillance Holding S.A., à Genève, représentée par Me Pierre-André Béguin, avocat à Genève;
(art. 9 Cst. ; société anonyme; procédure civile genevoise, mesures conservatoires)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Le 27 mai 1999, la SGS, Société Générale de Surveillance Holding S.A. (ci-après: SGS), a tenu une assemblée générale ordinaire de ses actionnaires à Genève. Entre autres objets portés à l'ordre du jour figurait la question de la décharge à donner aux membres du conseil d'administration pour l'exercice 1998. Le conseil d'administration proposait de la refuser à l'un de ses membres et ancienne présidente, Elisabeth Salina Amorini, à qui il reprochait de graves erreurs de gestion.

Avant de procéder au vote sur cet objet, le président du conseil d'administration informa l'assemblée que décision avait été prise d'exclure du vote le pool des actionnaires, une société simple comprenant notamment le Syndicat des Familles et détenant 48% des droits de vote. Eric Nieuwland, membre du Syndicat des Familles, contesta formellement cette décision.

Le vote se déroula à bulletins secrets, sous le contrôle d'un huissier judiciaire. Les membres du pool, représentés par le secrétaire de celui-ci, y participèrent.
Toutefois, leurs bulletins de vote, estampillés, furent exclus du décompte des voix au moyen d'un procédé électronique, conformément à la décision du conseil d'administration.

La décharge fut donnée aux administrateurs de la SGS, à l'exception d'Elisabeth Salina Amorini qui n'obtint que le 26% des voix exprimées, à l'exclusion de celles du pool.

B.- Le 29 juin 1999, Eric Nieuwland et Grégoire Salmanowitz, lui aussi membre du Syndicat des Familles, déposèrent à l'encontre de la SGS une requête de mesures provisionnelles visant à la saisie conservatoire du matériel de vote de l'assemblée générale du 27 mai 1999.

Le 14 juillet 1999, les deux requérants et huit autres actionnaires ont formé une demande en contestation d'une décision de l'assemblée générale, dirigée contre la SGS, qui est toujours pendante. Ils ont conclu principalement à ce qu'il soit dit que la décision prise lors de l'assemblée générale précitée - compte tenu des bulletins

de vote exclus sans droit et abstraction faite de ceux qui ont été admis à tort - était d'octroyer la décharge à Elisabeth Salina Amorini et de la refuser à quatre autres administrateurs, le procès-verbal de ladite assemblée devant être rectifié en conséquence.

Par ordonnance du 20 août 1999, le Tribunal de première instance du canton de Genève autorisa les requérants à faire procéder à la saisie conservatoire du matériel de vote (bulletins de vote et transcriptions ou enregistrements informatiques) jusqu'à droit jugé ou accord entre les parties.

La SGS a recouru contre cette ordonnance. Les requérants en ont fait de même, mais uniquement sur la question des dépens. Grégoire Salmanovitz est décédé le 21 octobre 1999, laissant pour héritières sa veuve, Suzanne Salmanowitz, et sa fille, Elisabeth Salina Amorini, qui se sont substituées à lui dans la procédure de recours.

Par arrêt du 27 janvier 2000, la Cour de justice du canton de Genève a annulé l'ordonnance du 20 août 1999, débouté Eric Nieuwland, Suzanne Salmanowitz et Elisabeth Salina Amorini des fins de leur requête et mis les dépens des deux instances à leur charge.

C.- Le 2 février 2000, Eric Nieuwland, Suzanne Salmanowitz et Elisabeth Salina Amorini ont déposé un recours de droit public en vue d'obtenir l'annulation de l'arrêt cantonal.

L'intimée conclut principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. La Cour de justice se réfère, quant à elle, aux motifs énoncés dans son arrêt.

Par ordonnance du 9 mars 2000, le Président de la Ie Cour civile a rejeté la requête d'effet suspensif présentée par les recourants.

Considérant en droit :

1.- Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité du recours de droit public (ATF 124 I 11 consid. 1).

a) Les recourants invoquent la protection contre l'arbitraire, assurée depuis le 1er janvier 2000 par l'art. 9 Cst. en lieu et place de l'art. 4 aCst.

Selon l'art. 87 OJ, dans sa version antérieure à celle qui est entrée en vigueur le 1er mars 2000 (cf. RO 2000 I 417 s.), le recours de droit public pour violation de l'art. 4 aCst. n'est recevable que contre des décisions finales prises en dernière instance; il n'est recevable contre des décisions incidentes prises en dernière instance que s'il en résulte un dommage irréparable pour l'intéressé.

La décision attaquée a été rendue par la juridiction suprême du canton concerné; elle a donc été prise en dernière instance. Les deux parties la qualifient d'incidente.
A vrai dire, la jurisprudence du Tribunal fédéral considère, d'ordinaire, comme finales les décisions sur mesures provisionnelles (ATF 118 II 369 consid. 1). Il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant ce problème de qualification en l'espèce. Contrairement à l'opinion de l'intimée, la décision entreprise est, en effet, de nature à causer aux recourants un dommage irréparable (sur cette notion, cf. l'ATF 122 I 39 consid. 1a/bb et les références). Les recourants font valoir que si la saisie conservatoire du matériel de vote n'était pas ordonnée, il y aurait un risque concret de disparition physique d'éléments de preuve nécessaires au succès de leur action au fond. Or, le Tribunal fédéral considère comme un dommage irréparable, au sens de l'art. 87 aOJ, le risque de perte d'un moyen de preuve décisif (arrêt du 26 octobre 1998, dans la cause 4P.117/1998, consid. 1b/bb/aaa, résumé in SJ 1999 I 186 ss, 188). Savoir si l'action au fond introduite par les recourants a des chances de succès et si le moyen de preuve en cause est pertinent pour la solution du litige importe peu, car ces questions relèvent du mérite du recours et ne doivent ainsi pas être tranchées au stade de l'examen de sa recevabilité. Au regard de la disposition citée,
le recours est, dès lors, recevable.

La requête de mesures provisionnelles a été déposée par deux actionnaires de l'intimée en vue d'assurer la sauvegarde d'éléments de preuve qu'ils entendent produire pour étayer la demande au fond relative à la décision litigieuse prise à l'occasion de l'assemblée générale des actionnaires de l'intimée du 27 mai 1999. Les deux requérants, respectivement les ayants droit de celui qui est décédé, ont un intérêt juridiquement protégé à ce que la décision rejetant leur requête n'ait pas été prise en violation de leurs droits constitutionnels.
Ils ont donc qualité pour recourir contre cette décision (art. 88 OJ).

Interjeté en temps utile (art. 89 al. 1 OJ), y compris en ce qui concerne l'écriture complémentaire postée le 1er mars 2000, et dans la forme prévue par la loi (art. 90 al. 1 OJ), le recours est en principe recevable, sous réserve de l'examen des divers griefs articulés par ses auteurs.

b) Dans les recours fondés sur la violation de l'art. 9 Cst. , la présentation de nouveaux moyens de fait ou de droit est irrecevable (cf. ATF 124 I 208 consid. 4b p. 212, 121 I 367 consid. 1b p. 370, 113 Ia 225 consid. 1b/bb p. 229 et les arrêts cités).

Aux pages 3 et 4 de leur acte de recours, les recourants allèguent une série de cinq faits. Il s'agirait, à les en croire, de constatations qui n'ont pas été reprises par la cour cantonale. Toutefois, comme celle-ci ne se voit pas reprocher par eux d'avoir arbitrairement passé sous silence les faits allégués, on est en présence d'assertions nouvelles dont il ne peut pas être tenu compte dans le cadre procédural propre au recours de droit public pour arbitraire.

2.- a) En vertu de l'art. 324 al. 1 de la loi de procédure civile genevoise du 10 avril 1987 (LPC gen.), le juge peut ordonner les mesures conservatoires ou provisionnelles prévues par les lois fédérales et cantonales. D'après le second alinéa de la même disposition, il peut autoriser toute autre mesure justifiée par les circonstances et l'urgence destinée notamment à: prévenir tout changement à l'état de l'objet litigieux ou empêcher qu'on ne l'aliène (let. a); obtenir la reddition de comptes lorsque le droit du requérant est évident ou reconnu (let. b); protéger le requérant d'un dommage difficile à réparer (let. c); éviter qu'une partie ou un tiers ne rende vaine l'exécution d'un jugement (let. d).

Se référant à la disposition citée, la Cour de justice souligne, en premier lieu, que la mesure requise par les recourants n'est prévue par aucune loi fédérale. Elle ajoute que cette mesure n'entre pas dans la catégorie des preuves à futur expressément décrites par le droit cantonal genevois (art. 205, 250 ss, 323 et 324 al. 2 let. b LPC gen.) et qu'elle ne tend ni à protéger les requérants d'un dommage difficile à réparer autrement (art. 324 al. 2 let. c OJ), ni à prévenir tout changement à l'état de l'objet litigieux (art. 324 al. 2 let. c LPC gen.).

Cependant, en accord avec la doctrine (Bertossa/ Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, vol. III, n. 3 ad art. 324), l'autorité intimée relève que le juge genevois peut ordonner une mesure provisionnelle, même si elle n'est pas expressément mentionnée aux art. 321 à 324 LPC gen. ou dans d'autres dispositions fédérales ou cantonales, pourvu que les conditions générales permettant de prononcer une telle mesure soient réunies. Aussi celui qui requiert une mesure provisionnelle doit-il rendre vraisemblable que les faits allégués peuvent conduire à une prétention susceptible d'être reconnue par le droit positif, car il serait illogique de sauvegarder une prétention qui ne pourrait pas être reconnue à l'issue de la procédure ordinaire (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit. , n. 12 ad art. 320). Cette condition n'est pas réalisée en l'espèce.
Se fondant sur l'art. 691 al. 3 CO, les recourants ont intenté une action formatrice en constatation de la décision prise, qui est admise par une partie de la doctrine. Toutefois, une telle action n'est pas reconnue en droit positif suisse en l'état de la jurisprudence du Tribunal fédéral, lequel a laissé la question ouverte dans le dernier arrêt qu'il a rendu en la matière (ATF 122 III 279 consid. 3b/bb). Par conséquent, la mesure sollicitée ne peut pas être ordonnée.

b) Les recourants ne reprochent pas à la cour cantonal d'avoir fait une application insoutenable de l'art. 324 LPC gen. Ils lui font grief d'avoir méconnu un principe juridique clair et indiscuté voulant que le droit matériel fédéral impose aux cantons d'assurer la protection provisoire des prétentions qui en découlent, et, surtout,

d'avoir rendu une décision qui contredit de manière choquante le sentiment de l'équité.

Concrètement, les recourants indiquent les motifs qui militent, selon eux, en faveur de l'admissibilité de la "positive Beschlussfeststellungsklage", laquelle permet au juge du fond de substituer à la décision de l'assemblée générale viciée la décision qui s'est réellement dégagée du vote émis par les actionnaires. Ils soulignent, à ce propos, que tous les auteurs qui se sont penchés sur la question sont partisans de cette solution. Pour les recourants, retenir, avec la cour cantonale, que l'action envisagée par eux est une vue de l'esprit du fait qu'elle n'a pas encore été expressément consacrée par la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit de la société anonyme relève, dès lors, d'une appréciation excessivement restrictive.

L'autorité intimée se voit encore reprocher d'avoir violé les principes fondamentaux régissant les rapports entre le droit fédéral et le droit cantonal, en ne s'avisant pas de ce que le premier impose au second une protection effective des justiciables qui réclament la mise en oeuvre du droit matériel fédéral.

Enfin, à suivre les recourants, la cour cantonale aurait rendu une décision contraire au sentiment de la justice et de l'équité, sans avoir procédé à une pesée des intérêts en jeu. En effet, cette décision, qui permet à l'intimée de détruire le matériel de vote, a pour conséquence de supprimer les bases nécessaires à l'action au fond et, partant, de soustraire finalement à l'examen du Tribunal fédéral la question de l'admissibilité de ladite action, alors que la mesure provisionnelle requise, si elle était ordonnée, ne causerait aucun préjudice à l'intimée.

3.- a) Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité.
Le Tribunal fédéral n'a pas à examiner quelle est l'interprétation correcte que l'autorité cantonale aurait dû donner des dispositions applicables; il doit uniquement dire si l'interprétation qui a été faite est défendable. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution pourrait aussi se défendre et même sembler plus correcte (ATF 125 II 129 consid. 5b, 124 I 247 consid. 5 et les arrêts cités).

b) aa) Lorsqu'il statue sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'examine que les griefs d'ordre constitutionnel invoqués et suffisamment motivés (ATF 122 I 70 consid. 1c, 121 IV 317 consid. 3b). En l'occurrence, les recourants ne critiquent pas, sous l'angle de l'arbitraire, la manière dont la cour cantonale a interprété et appliqué l'art. 324 LPC gen. Il n'y a donc pas lieu d'examiner cette question (art. 90 al. 1 let. b OJ).

bb) Il n'existe pas un principe juridique clair et indiscuté selon lequel le droit fédéral commanderait aux cantons d'ordonner des mesures conservatoires, telle la saisie du matériel de vote, en vue d'assurer la sauvegarde des moyens de preuve pertinents pour une action en contestation d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme (cf. ATF 97 II 185 consid. II/2 p. 190; HansMichael Riemer, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Berne 1998, n. 247; IsaakMeier, Einstweiliger Rechtsschutz im Aktienrecht, in Festschrift für Hans Ulrich Walder, p. 67 ss, 68 note 5; sur un plan plus général, cf. Stephen V. Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, in RDS 116/1997, II, p. 171 ss, 182 ss ch. IV). Par conséquent, le reproche fait à l'autorité intimée d'avoir violé un tel principe tombe à faux.

Au demeurant, supposé qu'un principe non écrit relevant du droit fédéral exigeât le prononcé de la mesure provisionnelle litigieuse, les recourants ne seraient pas recevables à invoquer par la voie du recours de droit public - comme ils le font pourtant - la violation de la force dérogatoire du droit fédéral. C'est, en effet, au moyen d'un recours en nullité au sens de l'art. 68 al. 1 let. a OJ qu'ils auraient dû soumettre semblable grief à l'examen du Tribunal fédéral (ATF 97 I 481 consid. 1a; Poudret, COJ, n. 2.3 ad art. 68 et les références). Leur acte de recours ne pourrait d'ailleurs pas être converti en un recours en nullité, car il contient d'autres griefs qui devaient être formulés, eux, dans un recours de droit public.

cc) De l'avis des recourants, le "sentiment commun de l'équité" offrirait en l'espèce un critère de jugement adéquat pour démontrer le caractère arbitraire de la décision attaquée. Conformément à la définition de l'arbitraire, une application du droit défendable peut certes conduire à un résultat qui se révèle inadmissible

sur le plan de l'équité. Il s'agit là, toutefois, d'une situation exceptionnelle qui n'est guère concevable que dans l'hypothèse où la loi réserve le pouvoir d'appréciation du juge ou charge celui-ci de statuer en tenant compte soit des circonstances, soit de l'équité (cf. art. 4 CC; sur cette question, voir, parmi d'autres:
Arthur Haefliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, p. 196 s.; Georg Müller, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, n. 57 ad art. 4; Claude Rouiller, La protection de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat, in RDS 106/1987, II, p. 225 ss, 263 s.).

La présente espèce ne relève pas d'une telle situation exceptionnelle. Selon son droit de procédure, la cour cantonale devait examiner si les recourants avaient rendu vraisemblable que la prétention au fond, à l'appui de laquelle était requise la mesure conservatoire litigieuse, était reconnue en droit positif suisse. Cette interprétation du droit de procédure cantonal n'est pas remise en cause par les recourants. Dès lors, de deux choses l'une: ou bien l'autorité intimée a exclu de manière insoutenable cette condition d'admissibilité de la mesure conservatoire requise; ou bien il était défendable de considérer, comme elle l'a fait, que la prétention au fond n'était pas reconnue, en l'état, par le droit suisse de la société anonyme. Dans la seconde hypothèse, on ne voit pas qu'il y ait encore matière à faire intervenir le sentiment de la justice et de l'équité, le point de savoir si le droit suisse actuel autorise une "positive Beschlussfeststellungsklage" n'étant pas une question qui ressortirait au pouvoir d'appréciation du juge ou aux circonstances de la cause en litige. Or, il était à tout le moins défendable, sur le vu de l'ATF 122 III 279 consid. 3b/ bb, d'admettre qu'une telle action n'est pas reconnue en droit positif
suisse "en l'état de la jurisprudence fédérale".

Il suit de là que toutes les considérations émises par les recourants, sous le seul angle de l'équité, quant à l'admissibilité de ce type d'action, sont hors du sujet. Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'y arrêter.

dd) En tout état de cause, les recourants ne démontrent pas de manière convaincante en quoi le refus de la mesure conservatoire requise serait de nature à paralyser leur action au fond. Que la consultation du matériel de vote soit indispensable, comme ils l'affirment, pour faire triompher leur point de vue est une prémisse tout sauf évidente. Force est de constater, à cet égard, que, sous chiffres 41 à 43 de leur demande du 14 juillet 1999, les requérants indiquent, à la voix près, en se référant à d'autres éléments de preuve que les bulletins de vote ainsi qu'à des tableaux annexés à cette écriture, quelle a été l'issue du vote sur la décharge des administrateurs de l'intimée et ce qu'elle eût été si les voix exprimées par le pool des actionnaires avaient été comptabilisées.

Pour le surplus, ainsi que le souligne l'ordonnance d'effet suspensif du 9 mars 2000, l'intimée s'est engagée implicitement à ne pas altérer ni détruire le matériel de vote.
Il va de soi que si elle ne respectait pas cet engagement et que la consultation du matériel s'avérât nécessaire pour connaître le résultat du scrutin litigieux, le juge saisi de l'action au fond pourrait sans doute sanctionner semblable comportement, dans le cadre de l'appréciation des preuves, sous l'angle de la violation des règles de la bonne foi en procédure (art. 2 CC), sans préjudice d'autres sanctions éventuelles.

4.- Cela étant, il y a lieu de rejeter le présent recours. Les frais et dépens qu'il a occasionnés seront supportés solidairement par ses auteurs (art. 156 al. 1 et 7 OJ, art. 159 al. 1 et 5 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral,

1. Rejette le recours;
2. Met un émolument judiciaire de 3000 fr. à la charge des recourants, solidairement entre eux;

3. Condamne solidairement les recourants à verser à l'intimée une indemnité de 3000 fr. à titre de dépens;

4. Communique le présent arrêt en copie aux mandataires des parties et à la Ière Section de la Cour de justice du canton de Genève.

_____

Lausanne, le 28 mars 2000 ECH

Au nom de la Ie Cour civile
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président,

Le Greffier,