

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/25673/2011

ACJC/593/2015

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 22 MAI 2015

Entre

A_____, sise _____, Paris (France), appelante d'un jugement rendu par la 16ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 30 mai 2014, comparant par Me Daniel Udry et Me Guillaume Francioli, avocats, rue du Rhône 100, 1204 Genève, en l'étude desquels elle fait élection de domicile,

et

B_____**SA**, sise _____, _____ (VD), intimée, comparant par Me Rocco Rondi, avocat, avenue de Champel 8C, case postale 385, 1211 Genève 12, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 26.05.2015.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/6875/2014 du 30 mai 2014, communiqué par notification aux parties le 6 juin 2014, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a condamné A_____ à restituer à B_____SA la somme de EUR 390'000.- avec intérêts à 5% dès le 1^{er} novembre 2011 (ch. 1 du dispositif), déclaré irrecevable la conclusion de A_____ tendant à ce que B_____SA soit condamnée à lui verser une indemnité équitable pour l'appropriation illicite et déloyale de la paternité de la création du système breveté "C_____" (ch. 2), arrêté les frais judiciaires à 115'400 fr., les compensant avec les avances effectuées par les parties, les mettant à la charge de B_____SA à raison de 50'200 fr. et de A_____ à raison de 65'200 fr. et ordonnant en conséquence la restitution de 2'000 fr. à A_____ et de 800 fr. à B_____SA (ch. 3), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).
- B.**
- a)** Par acte expédié le 10 juillet 2014 au greffe de la Cour de justice (ci-après : la Cour), A_____ a formé un appel contre ce jugement, concluant principalement à son annulation et à la condamnation de B_____SA au versement en sa faveur de EUR 3'331'050.- avec intérêts à 3% dès le 25 mars 2011, correspondant à 4'402'111 fr. au cours du 25 mars 2011, avec suite de frais et dépens, B_____SA devant au surplus être déboutée de toute autre ou contraire conclusion. A titre subsidiaire, A_____ a conclu au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
- b)** Par mémoire de réponse à appel du 4 décembre 2014, B_____SA a conclu au déboutement de A_____ de ses conclusions et à la confirmation du jugement querellé, avec suite de frais et dépens.
- c)** A_____ a répliqué le 14 janvier 2015, persistant dans les conclusions de son appel.
- d)** B_____SA a dupliqué le 16 février 2015, persistant dans les conclusions de sa réponse.
- e)** Le greffe de la Cour a informé les parties par courrier du 2 mars 2015 que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits de la cause retenus par le premier juge, auxquels les parties se réfèrent dans leurs écritures, sont les suivants :
- a)** B_____SA est une société de droit suisse spécialisée dans le commerce de produits et de services dans le domaine de la santé. Elle fait partie d'un groupe actif au niveau mondial, B_____Inc. B_____SA propose, à destination des professionnels du secteur dentaire, une gamme complète de solutions d'imagerie,

dont un capteur de rayons X. Ces produits sont fabriqués par une filiale de B_____SA sise à _____ (France), D_____. Ils sont commercialisés sous la marque "E_____".

A_____ est une société de droit français, laquelle a développé un système de positionnement électronique pour radiologie baptisé C_____, composé d'un capteur de champ (CDC), d'une unité de calcul/traitement en temps réel (DSP) et d'un générateur de champ complexe (GDCC), sous forme de cartes électroniques. Ce système a fait l'objet d'un dépôt de brevet international dans une quarantaine de pays.

b) En novembre 2007, A_____, représentée par son directeur général, I_____, et D_____, représentée par le président de la société, F_____, sont entrées en pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat de licence, de développement et de fourniture du système "C_____"TM, lequel était destiné à être intégré dans les capteurs fabriqués par D_____ et commercialisés par B_____SA sous le nom de "G_____" ou système "G_____".

En février 2008, F_____ a quitté D_____ et a été remplacé à ce poste par H_____, qui faisait déjà partie de la société en qualité de responsable de production, et qui a poursuivi les négociations avec A_____.

c) Le prix de la transaction a fait l'objet de discussions particulières, tant avec F_____ qu'avec H_____. En effet, I_____ avait proposé initialement un prix de EUR 350.- par pièce, *royalties* comprises, montant jugé trop élevé par B_____SA, qui avait fixé comme objectif un prix par pièce de EUR 250.-. Les parties ont donc envisagé la possibilité de faire baisser le prix grâce à des volumes élevés, l'idée étant que A_____ puisse récupérer une marge grâce à la perspective d'un volume important. A_____ a ainsi fait une offre qui portait sur un prix de EUR 250.- par pièce, moyennant un engagement de B_____SA portant sur une quantité de 20'000 pièces.

Selon H_____, dans la mesure où, à l'époque de la conclusion du contrat, B_____SA vendait environ 10'000 capteurs par année pour l'ensemble de la gamme, mais où seuls 2'500 à 2'700 capteurs étaient destinés à être équipés du système inventé par A_____, il n'était toutefois pas possible pour B_____SA de s'engager à commander 20'000 pièces. Selon H_____, A_____ a alors fait une troisième proposition, prévoyant un prix de EUR 250.- par pièce, une commande sur deux ans de 5'000 pièces et un prévisionnel de 15'000 pièces. Au bout de 20'000 pièces, les parties devaient ensuite négocier les conditions de fabrication par B_____SA elle-même du produit développé par A_____.

d) Ces négociations se sont traduites par l'élaboration, en français, de plusieurs projets de contrat.

Dans une première version, rédigée le 20 janvier 2008 par A_____, un montant de EUR 700'000.- devait être versé à cette dernière pour l'octroi de la licence exclusive d'utilisation/exploitation du système "C_____™, représentant tous les travaux et frais associés jusqu'à la disponibilité des quatre prototypes (art. 3.1). L'intégration du "CDC" à l'arrière du capteur d'image E_____ de D_____ revêtait en effet une complexité importante en termes d'intégration mécanique et de modélisation mathématique (art. 1.4.3).

A ce montant s'ajoutaient des *royalties*, s'élevant pour les quatre premières années à EUR 100.- HT par système fabriqué fonctionnel pour une quantité de 1 à 3'000 systèmes, diminuées à EUR 85.- HT dès le 3001^{ème} système, et à partir de la cinquième année à EUR 85.- HT pour chaque système fabriqué fonctionnel pour une quantité de 1 à 3'000 systèmes, diminuées à EUR 70.- à partir du 3001^{ème} système (art. 3.2).

Un seuil de maintien d'exclusivité était fixé à 3000 systèmes par an ou compensation financière équivalente des *royalties* (art. 3.3) et un seuil de maintien de licence était fixé à 1'500 systèmes par an ou compensation financière équivalente des *royalties* (art. 3.4).

Pour la fourniture des deux modules électroniques DSP et GDCC constituant le système "C_____™, B_____SA devait en outre payer à A_____ un prix d'ensemble de EUR 245.- HT pour une quantité de 1 à 3'000 systèmes, une décote de 7% étant appliquée sur les ensembles excédant ce palier (art. 3.5).

Ce prix devait être diminué de 6% par an pour prendre en compte le volume cumulé et l'évolution du marché du semi-conducteur, dans la limite de 35% (art. 3.5.1).

La possibilité était laissée à B_____SA de reprendre à sa charge la fabrication des modules, après deux ans, si le volume cumulé des ensembles excédait 15'000, ou après quatre ans, moyennant le paiement d'une somme forfaitaire de EUR 60'000.- HT et pour autant que le seuil d'exclusivité soit atteint (art. 3.5.2).

e) Cette version a été modifiée le 27 janvier 2008 par A_____.

Le paiement d'une somme de EUR 700'000.- pour l'octroi du droit d'utilisation/exploitation du système ainsi que les seuils de maintien d'exclusivité et de licence ont été conservés.

En revanche, le prix des systèmes a été entièrement revu, réglé par un article 3.2 dont la teneur était la suivante :

"3.2.1 Année 1 à Année 2 incluse

Commande ferme et immédiate à A_____ pour la fourniture de 20'000 systèmes (*DSP + GDCC*) à un prix unitaire unique de EUR 250.- hors taxes comprenant fourniture et *royaltie*.

(...)

La livraison des systèmes est étalée sur 24 mois maximum selon un calendrier et des modalités à définir. Un cadencement trimestriel portant sur 3'000 pièces paraît une bonne base de départ.

Le paiement est effectué de la manière suivante :

- 40% en début de trimestre pour une livraison au plus tard 3 mois plus tard,
- 30% à la livraison,
- solde, soit 30% à 45 jours nets

3.2.2 Au-delà de 20'000 pièces :

2 options sont possibles :

➤ Possibilité B1:

- la fabrication est cédée par A_____ à (B_____SA) selon les modalités décrites dans le paragraphe correspondant "transfert de la fabrication des modules électroniques "C_____"TM;
- une *royaltie* unique de EUR 44.- hors taxes est payée à A_____ pour chaque système fonctionnel fabriqué par (B_____SA).

➤ Possibilité B2 :

- le montant de l'ensemble fourniture + *royaltie* est renégocié. En l'absence d'accord, la possibilité B1 prévaut".

Le prix du transfert de la fabrication était maintenu à EUR 60'000.- HT (art. 3.5).

B_____SA a refusé cette version, car selon elle, elle ne souhaitait pas s'engager pour une commande ferme et immédiate de 20'000 unités, alors même que les prévisions ne lui permettaient de tabler que sur l'écoulement de 2'500 systèmes par année.

f) B_____SA a donc proposé une nouvelle version du contrat en date du 15 avril 2008, notamment de l'art. 3.2 :

"3.2.1 Année 1 à Année 2 incluse

Commande ferme et immédiate à A_____ pour la fourniture de 3'500 systèmes (*DSP + GDCC*) à un prix unitaire unique de EUR 150.- pour les 3'500 premières pièces.

En année 1 et année 2, le prix des 3'500 premières pièces est de EUR 150.- et pour les commandes de pièces complémentaires de EUR 200.- par unité.

Hors taxes comprenant fourniture + *royaltie* de EUR 44.-.

Le CDC est à la charge de B_____SA.

La livraison des systèmes est étalée sur 24 mois maximum selon un calendrier et des modalités à définir.

Le paiement est effectué de la manière suivante :

- à la première commande de 3'500 unités, B_____SA s'engage à régler 30% de la facture à la commande puis les 70% restants à 45 jours.
- pour les commandes suivantes, les modalités de paiement de B_____SA s'appliquent (45 jours nets).

3.2.2 Au-delà de 20'000 pièces :

2 options sont possibles :

➤ Possibilité B1 :

- la fabrication est transmise par A_____ à B_____SA selon les modalités décrites dans le paragraphe correspondant "transfert de la fabrication des modules électroniques "C_____ "TM;

-
- une royauté unique de EUR 44.- hors taxes est payée à A_____ pour chaque système fonctionnel fabriqué par B_____SA.

➤ Possibilité B2 :

- Le montant de l'ensemble fourniture + royauté est renégocié. En l'absence d'accord, la possibilité B1 prévaut".

Les articles relatifs aux seuils de maintien d'exclusivité et de licence ont été complétés, s'agissant de la compensation financière équivalente des royalties, par la mention "cette compensation se calculera sur la base de EUR 44.- par système en-deçà du seuil" (art. 3.3 et 3.4).

g) D'autres modifications ont été apportées par A_____ le 21 avril 2008 et B_____SA les 23 juin et 7 juillet 2008, dont la nature exacte ne ressort pas du dossier.

La question du maintien du prix à EUR 250.- sur deux ans et la commande de 20'000 pièces a été discutée, les parties convenant que "par les temps qui couraient, cela restait un pari osé".

h) Le dernier projet de contrat a été traduit en anglais pour être signé par A_____ et B_____SA dans le courant du mois de juillet 2008.

A teneur de la version française de ce contrat, A_____ s'engageait à concéder à B_____SA les droits d'utilisation/exploitation exclusive du système "C_____"TM, sans limite géographique ou de durée (art. 2.2-2.4).

Pour pouvoir conserver cette exclusivité, B_____SA s'engageait à maintenir une quantité annuelle de vente minimum de 3'000 systèmes par an ou à verser une compensation financière équivalente aux redevances (cette compensation étant calculée sur la base de EUR 44.- par système en-deçà du seuil de 3'000 unités; art. 2.5 et 3.3).

Pour pouvoir conserver la licence, B_____SA devait par ailleurs maintenir une quantité annuelle de vente minimum de 1'500 systèmes par an ou verser une compensation financière équivalente aux redevances (cette compensation étant calculée sur la base de EUR 44.- par système en-deçà du seuil de 1'500 unités; art. 2.6 et 3.4).

A la signature, B_____SA devait en outre verser une somme de EUR 700'000.- HT à A_____ pour tous les travaux et frais associés jusqu'au lancement de la production (art. 3.1).

En ce qui concerne la fourniture de matériel par A_____, celle-ci s'engageait à fournir les modules électroniques DSP et GDCC, la fabrication du CDC, d'un coût

inférieur à EUR 10.-, étant à la charge de B_____SA d'après les plans d'A_____ (art. 2.7).

S'agissant des conditions de livraison, B_____SA s'engageait à délivrer à A_____ un prévisionnel de commandes à trois mois, A_____ devant, quant à elle, respecter des délais de livraison inférieurs à trois mois après la passation de la commande (art. 2.8).

L'art. 3.2 relatif à la rémunération de A_____ était libellé en ces termes :

"3.2.1 Year 1 to Year 2 inclusive (the beginning of Year 1 will occur at the 2009 IDS) (i.e. le salon "Internationale Dental-Schau" prévu pour se tenir à Cologne du 24 au 28 mars 2009).

B_____SA shall place a firm and immediate order with A_____ for the supply of 5'000 systems (DSP + GDCC) at a single unit price of 250 euros exclusive of tax.

B_____SA shall draw up a forecast order for 15'000 systems (DSP + GDCC) at a single unit price of 250 euros exclusive of tax.

Payment shall be made as follows :

B_____SA shall pay 40% of the order upon ordering the first 5'000 units with the remaining 60% paid within 45 days (*upon goods receipt*. ajouté à la main par I_____).

For subsequent orders, B_____SA payment terms shall apply (45 days net).

3.2.2 Beyond 20'000 units or after 2 years (if the 20'000 units are not reached)

2 options are then available to B_____SA :

➤ Possibility B1 :

- Manufacture shall be assigned by A_____ to B_____SA according to the terms described in the paragraph entitled "Transfer of manufacture of "C_____"TM electronic modules;
- A single royalty of 44 euros exclusive of tax shall be paid to A_____ for each functional system manufactured by B_____SA.

➤ Possibility B2 :

- The supply + royalty amount is renegotiated. Should no agreement be reached, possibility B1 shall prevail".

soit, selon la traduction française produite :

"3.2.1 Année 1 à Année 2 incluse (le début de l'année 1 démarre à l'occasion du 2009 IDS, *i.e.* le salon "*Internationale Dental-Schau*" prévu pour se tenir à Cologne du 24 au 28 mars 2009).

B_____SA passe commande ferme et immédiate à A_____ pour la fourniture de 5'000 systèmes (*DSP + GDCC*) à un prix unitaire unique de EUR 250.- hors taxes.

B_____SA effectue une commande prévisionnelle de 15'000 systèmes (*DSP + GDCC*) à un prix unitaire unique de EUR 250.- hors taxes.

Le paiement est effectué de la manière suivante :

A la première commande de 5'000 unités, B_____SA s'engage à régler en 40% à la commande puis les 60% restants à 45 jours.

Pour les commandes suivantes, les conditions de paiement de B_____SA s'appliquent (45 jours nets).

3.2.2 Au-delà de 20'000 unités ou après deux ans (si les 20'000 unités ne sont pas atteintes)

B_____SA dispose alors de 2 options :

➤ Possibilité B1 :

- la fabrication est cédée par A_____ à B_____SA selon les stipulations du paragraphe intitulé "cession de la fabrication des modules électroniques "C_____ "TM;
- une redevance unique de EUR 44.- hors taxes est versée à A_____ pour chaque système fonctionnel fabriqué par B_____SA.

➤ Possibilité B2 :

- Le montant de l'ensemble fourniture + redevance est renégocié. En l'absence d'accord, la possibilité B1 prévaut".

i) Les conditions générales de B_____SA, qui ont été intégrées au contrat, prévoyaient un droit de résiliation en sa faveur à diverses conditions (art. 17).

En particulier, B_____SA se réservait le droit de résilier le contrat par préavis immédiat écrit adressé au fournisseur en cas de violation ou de manquement aux stipulations du contrat ou en cas de procédure collective, de redressement judiciaire, concordat, ou liquidation volontaire ou obligatoire du fournisseur (art. 17.1).

B_____SA se réservait également le droit, à tout moment et à sa seule discrétion, de résilier le contrat sans avoir à en démontrer la violation par le fournisseur ou à fournir un juste motif avec au moins 30 jours de préavis par écrit. Dans ce cas, il était précisé qu'elle n'assumerait aucune obligation d'indemniser le fournisseur pour avoir exercé son droit de résiliation (art. 17.3).

j) L'art. 21 des conditions générales prévoyait par ailleurs l'application du droit suisse, à l'exclusion de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise du 11 avril 1980, et une élection de for en faveur des tribunaux genevois.

k) La somme de EUR 700'000.- a été versée à A_____ en quatre fois, conformément aux termes du contrat.

A_____ ayant apporté des modifications aux composants, le prix des systèmes a été augmenté au début de l'année 2009 de EUR 250.- à EUR 268.- HT pour en tenir compte.

Le 4 mai 2009, B_____SA a adressé à A_____ une commande portant sur 5'000 systèmes pour un prix de EUR 1'340'000.- HT. Ce document précisait que la date de livraison mentionnée dans l'en-tête ("29.04.2011") couvrait une période de deux ans conformément au contrat. La commande était accompagnée d'un tableau de suivi (non produit dans le cadre de la présente procédure), dont la diffusion mensuelle devait tenir lieu d'appel à livraison pour le mois à venir.

Un acompte de EUR 500'000.-, correspondant à 40% du prix initial de EUR 250.-/pièce, a été versé à A_____ le 25 juin 2009, conformément aux modalités de paiement prévues, afin de permettre à cette société de disposer de liquidités pour passer elle-même commande auprès de ses fournisseurs.

A_____ a livré 1'100 systèmes à B_____SA, entre novembre 2009 et juillet 2010.

B_____SA a versé à A_____, pour la livraison de ces systèmes, une somme EUR 221'020,81 TTC (EUR 184'800.- HT), soit, complétée à due concurrence par l'avance de 40% effectuée, un montant total de EUR 294'800.- HT.

l) Le 28 septembre 2010, sous la plume de son avocat, A_____ a écrit à B_____SA pour se plaindre du fait que, six mois avant l'échéance de la période contractuelle initiale de deux ans, sa cocontractante n'avait commandé que 1000 systèmes environ, alors qu'elle avait pris l'engagement de commander 20'000 systèmes durant la période échéant le 24 mars 2011.

A_____ a mis B_____SA en demeure, sous quinzaine, de libérer immédiatement le solde de 4'000 systèmes non livrés dans le cadre de la première

commande de 5'000 unités et de lui préciser le cadencement de commandes des 15'000 systèmes devant intervenir avant le 24 mars 2011, faute de quoi elle se réservait le droit de résilier le contrat, de réclamer des dommages-intérêts et de se réapproprier la licence relative au système "C_____ "™.

B_____ SA n'a pas donné suite à ce courrier.

m) Par acte déposé le 26 novembre 2010 par-devant le Tribunal de commerce de Meaux (France), A_____ a assigné D_____ en paiement de dommages-intérêts, lui reprochant l'appropriation de la paternité de la conception de son procédé et la commercialisation de ce dernier.

Par jugement du 18 février 2011, le Tribunal de commerce de Meaux s'est déclaré incompétent *ratione loci* pour connaître du litige, compte tenu de l'élection de for figurant dans le contrat signé avec la société-mère de D_____ en juillet 2008.

n) Entretemps, par courrier du 7 février 2011 adressé à B_____ SA, A_____ a réitéré les griefs invoqués dans son courrier du 28 septembre 2010, constatant qu'à deux mois de l'échéance de la période initiale de deux ans, B_____ SA n'avait toujours pas demandé la livraison du solde des 3'900 systèmes commandés, ni établi de commande pour les 15'000 systèmes supplémentaires prévus par le contrat.

A_____ a indiqué qu'elle considérait dès lors que sa cocontractante ne bénéficiait plus de l'exclusivité du système "C_____ "™. Elle a par ailleurs annoncé son intention de saisir les tribunaux suisses d'une action visant à faire constater la fin du contrat par la faute exclusive de B_____ SA et à obtenir de cette dernière des dommages-intérêts pour le préjudice subi.

B_____ SA a immédiatement répondu qu'elle ne partageait pas cette interprétation du contrat et a proposé une réunion pour régler les problèmes naissants.

Cette réunion s'est tenue le 21 février 2011 en présence de I_____ et J_____, représentant A_____, et H_____, K_____, responsable juridique de B_____ pour l'Europe, et L_____, qui travaillait au service des achats et s'occupait également du site de D_____, représentant B_____ SA. Elle n'a pas permis aux parties de trouver un terrain d'entente, I_____ souhaitant obtenir un dédommagement de EUR 700'000.- pour mettre un terme au contrat, alors que B_____ SA n'était disposée à payer que EUR 100'000.-, proposition qui devait au surplus être encore avalisée aux Etats-Unis.

B_____ SA a toutefois saisi cette occasion pour informer A_____ du fait que les systèmes livrés au Japon ne correspondaient pas aux standards de ce marché et lui a demandé d'analyser le problème.

o) Par courrier du 21 mars 2011, B_____SA a fait part à A_____ de son souhait de se voir livrer le solde restant de 3'900 unités qu'elle avait commandées, selon un planning de livraison tenant compte des capacités de production de A_____.

Elle a précisé qu'elle ne prévoyait pas de commandes pour les années 2012 à 2014, et qu'à partir de 2015, elle projetait des commandes de 1'000 à 1'500 unités par an, sans engagement de sa part.

Soucieuse de satisfaire à ses obligations contractuelles, elle s'engageait à payer, dès avril 2011, la compensation financière de EUR 44.- par unité manquante prévue pour le maintien de l'exclusivité.

p) A_____ a répondu qu'à l'évidence, les obligations contractées par B_____SA ne pouvaient être respectées en plaçant une demande de livraison à trois jours de l'échéance du délai initial de deux ans et qu'elle n'avait dès lors d'autre choix que de résilier le contrat en application des articles 107 ss CO.

Elle a par ailleurs mis sa cocontractante en demeure de lui verser une somme de EUR 4'675'200.- correspondant au solde du prix des 5'000 unités commandées, ainsi qu'au prix des 15'000 unités qu'elle s'était engagée à commander.

B_____SA a contesté la validité de la résiliation et nié toute violation de ses obligations contractuelles, notamment toute obligation de commander 15'000 unités supplémentaires durant les deux premières années du contrat, s'agissant selon elle d'une simple prévision sans engagement de sa part.

Elle a par ailleurs maintenu sa prétention en livraison du solde des 3'900 unités commandées.

q) Le 13 mai 2011, à la requête d'A_____, un commandement de payer, poursuite n° 1_____, a été notifié à B_____SA, portant sur 6'500'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 15 avril 2011, à titre de dommages-intérêts pour non-respect du contrat.

r) Par acte déposé le 24 novembre 2011 en vue de conciliation au greffe du Tribunal de première instance, B_____SA a assigné A_____ en paiement de EUR 2'919'540.- avec intérêts à 5% dès le 1^{er} novembre 2011 à titre de gain manqué pour inexécution contractuelle, et de 30'801 fr. 45 correspondant aux frais d'avocat dont elle s'était acquittée jusqu'alors.

B_____SA a expliqué qu'un nombre plus faible qu'escompté d'appareils équipés du système "G_____" avait été vendu. Compte tenu d'une différence de prix avec les appareils non équipés du système "G_____", de EUR 1'460.- sur le marché américain (51% des ventes) et de EUR 500.- pour le

reste du monde (49% des ventes), la non-livraison des 3'900 pièces commandées avait engendré pour elle une perte de gain de EUR 2'919'540.-.

Les frais d'avocat correspondaient quant à eux aux factures d'honoraires payées pour "*professional services rendered*" en relation avec A_____ entre le 25 février et le 31 décembre 2011, sans que le détail de l'activité déployée ne ressorte de celles-ci.

La cause a été introduite le 5 juin 2012 sur la base de l'autorisation de procéder n° APTPI/141/2012 délivrée le 5 mars 2012.

s) De son côté, par acte déposé au greffe du Tribunal le 27 janvier 2012, A_____ a assigné B_____SA et a pris à son encontre les conclusions suivantes :

- constater la validité de la résiliation du contrat de licence du 1^{er} juillet 2008;
- faire interdiction définitive à B_____SA de l'usage et de l'exploitation de la licence exclusive et mondiale qui lui a été octroyée en vertu dudit contrat;
- condamner B_____SA au versement de EUR 565'200.- avec intérêts dès le 1^{er} mai 2009, correspondant à 852'078 fr. 60 au cours du 1^{er} mai 2009 (soit le solde de 60% dû sur la commande de 5'000 unités), et de EUR 3'750'000.- avec intérêts à 5% dès le 25 mars 2011, correspondant à 4'850'625 fr. au cours du 25 mars 2011 (soit le paiement de la deuxième commande de 15'000 unités), soit un montant total de EUR 4'315'200.-, correspondant à 5'702'703 fr. 60;
- condamner B_____SA au versement d'une indemnité équitable pour l'appropriation illicite et déloyale de la paternité de la création du système breveté "C_____"TM et
- prononcer à due concurrence la mainlevée de l'opposition formée par B_____SA au commandement de payer notifié dans la poursuite n° 5800996.

A_____ a fait valoir que l'octroi d'une licence mondiale et exclusive à B_____ avait été décidé en tenant compte du volume de 20'000 unités à commander. Ainsi, si une certaine flexibilité était souhaitée en termes de quantité de pièces à commander - d'où une commande prévisionnelle et non ferme de 15'000 systèmes -, cela n'enlevait rien au caractère contraignant de l'engagement de passer une seconde commande, dont l'ordre de grandeur avait été arrêté à trois fois la commande initiale. A_____ a précisé que c'était sur la base de cette estimation de 20'000 pièces qu'elle s'était fondée pour passer commande auprès de ses propres fournisseurs et avait mobilisé ses moyens de production, afin d'être en mesure de répondre, dans le délai convenu de trois mois, aux commandes de B_____SA.

A_____ a déduit des délais de commande et de paiement prévus par le contrat (art. 2.8 et 3.2) que la livraison et le paiement des 20'000 systèmes dans les 24 premiers mois du contrat impliquaient que les commandes soient passées dans les 21 premiers mois du contrat, le paiement devant en toutes hypothèses intervenir avant le terme des deux premières années.

Selon A_____, la continuation du contrat au-delà du 24 mars 2011 impliquait par ailleurs de toute façon le respect préalable des conditions de maintien de la licence au terme des deux premières années du contrat, ce qui n'avait pas été le cas. En effet, l'équilibre économique du contrat reposait sur la balance entre l'avantage concurrentiel procuré par l'exclusivité sur le produit pour B_____SA et la réduction du prix unitaire avec la garantie d'une commande de systèmes en lien avec les coûts de production supportés par elle-même, une réduction à néant de la commande prévisionnelle ne correspondant nullement à la volonté initiale des parties.

A_____ a rappelé qu'en contractant de manière exclusive avec B_____SA, elle avait dû renoncer à d'autres partenariats et interrompre les négociations alors en cours avec des concurrents de B_____SA.

A_____ a également reproché à sa cocontractante de s'être appropriée la paternité de la technologie C_____™ et ce faisant, d'avoir violé les articles 2 et 3 LCD. Elle a fondé ses accusations sur un article paru en mars 2010 dans le magazine "Indépendantaire" sous le titre "Comment E_____/D_____ a conçu une imagerie différente" et qui, à la suite d'une interview de H_____, mentionne notamment que "les ingénieurs de D_____ ont donc mis au point un système G_____ pour permettre au praticien de gagner en précision et en temps". Elle a également produit un extrait du site internet de B_____SA datant d'octobre 2010 reprenant cette information.

Elle a précisé qu'elle était dans l'impossibilité de chiffrer son dommage, qui devrait être déterminé en application de l'art. 42 al. 2 CO, l'indemnité devant néanmoins être en rapport avec le montant global du contrat, portant sur des commandes de EUR 5'000'000.-, et la détérioration de sa propre position auprès de ses partenaires commerciaux potentiels.

La cause a été introduite par acte reçu par le greffe du Tribunal le 22 janvier 2013, sur la base de l'autorisation de procéder n° APTP/556/2012 délivrée le 29 octobre 2012.

t) Dans leur réponse respective, les parties ont toutes deux conclu au déboutement de leur partie adverse.

A_____ a souligné que si le contrat autorisait B_____SA à utiliser et à commercialiser son système, rien ne lui permettait de s'approprier son invention et de la rebaptiser "G_____" sans son accord.

Pour elle, les termes de "*forecast order*" se traduisaient non pas par "*prévisionnel de commande*", soit un estimatif interne de commandes pour une période donnée, mais par "*commande prévisionnelle*", soit une commande ferme dont seule la quantité exacte demeurait à préciser. L'expression "*shall*" exprimait par ailleurs le caractère contraignant de l'engagement des parties.

Selon elle, le concept d'une commande ferme et immédiate de 20'000 systèmes avait été introduit dans le projet du 27 janvier 2008 à la demande de B_____SA contre une réduction du prix unitaire de EUR 345.- à EUR 250.- et même si les parties considéraient cet objectif comme élevé, c'était bien sur ce chiffre qu'elles tablaient, et non sur un chiffre de 5'000 unités écoulées sur une période de deux ans.

A_____ a précisé que le refus de B_____SA d'admettre la résiliation du contrat l'empêchait à l'heure actuelle de trouver d'autres partenaires pour la commercialisation de son produit, ce qui lui causait un préjudice important.

S'agissant du dommage allégué par B_____SA, elle a soutenu que le document produit relatif aux ventes réalisées et aux coûts de production n'était pas probant, s'agissant d'un document interne à la société.

B_____SA a pour sa part relevé que sa partie adverse reconnaissait elle-même qu'une certaine flexibilité dans la quantité de pièces à commander existait et que son propre engagement portait sur une commande prévisionnelle et non pas sur un achat effectif de 15'000 unités sur une période de deux ans.

Elle a par ailleurs souligné que l'octroi d'une licence mondiale et exclusive n'était pas conditionné par l'achat de 20'000 unités sur deux ans, mais se fondait sur un nombre d'achats annuels nettement inférieur (art. 3.3 et 3.4).

Pour elle, il fallait considérer que la commande était effectuée conformément au contrat si elle était émise dans le délai de 24 mois, la livraison des unités ainsi commandées pouvant avoir lieu après la fin de cette période, dans le délai de livraison de trois mois dès la commande prévu par l'art. 2.8.

S'agissant de l'accusation d'appropriation du système "G_____", elle a rappelé que c'était elle qui avait conçu ce système, dont les modules n'étaient constitués que de deux parties (constitutives d'C_____™) fournies par A_____, et qu'aucune clause contractuelle ne l'obligeait à faire référence à cette dernière comme inventeur d'C_____™ à chaque fois qu'elle mentionnait son système "G_____".

u) Le Tribunal a ordonné la jonction des causes sous le n° C/25673/2011 par ordonnance du 20 septembre 2013 et a instruit la cause.

Entendu le 17 décembre 2013, I_____ a expliqué que selon sa compréhension du contrat, B_____SA aurait dû, en même temps que sa commande ferme de 5'000 pièces, lui transmettre une commande prévisionnelle pour les 15'000 pièces supplémentaires. Certes, après deux ans, il était possible que le chiffre de 20'000 unités ne soit pas atteint; il n'était toutefois pas question d'être à 1'100 pièces à ce moment-là; par contre, il aurait été envisageable d'être à 14'000 ou 18'000 pièces. Dans cette hypothèse, B_____SA aurait dû, malgré tout, payer des *royalties* de EUR 44.- x 20'000. Pour lui, le fait d'accorder la licence mondiale à B_____SA tenait évidemment compte du volume de 20'000 unités qui permettait de prélever des *royalties* de EUR 44.- l'unité. I_____ a ajouté que B_____SA souhaitait que les pièces soient livrées uniquement sur rappel et par petits volumes de l'ordre de 50 à 100 pièces. Elle se réservait par ailleurs le droit de modifier ses exigences à tout moment, de sorte qu'il n'était pas possible pour A_____ de travailler sur des volumes importants, qui étaient la condition nécessaire pour obtenir un prix intéressant. S'agissant du brevet détenu par A_____, il a indiqué que celui-ci était composé de trois parties, mais que A_____ ne devait fournir à B_____SA que deux parties, l'outillage pour produire la troisième ayant été simplement transmis à cette dernière, ce qui était d'ailleurs prévu par l'art. 2.7 de l'offre de licence. Il avait cessé de négocier avec la société avec laquelle il était en relations pour se tourner vers B_____SA car il trouvait les discussions un peu lentes; D_____ se trouvait par ailleurs à quelques kilomètres de chez lui. Cette affaire avait causé un préjudice important à A_____, sachant qu'un brevet avait une durée de vie de vingt ans et qu'il était à l'heure actuelle très compliqué pour sa société de proposer son produit à d'autres partenaires, puisqu'il continuait de se trouver sur le site de B_____SA.

Tant K_____ que l'avocat de B_____SA ont déclaré ignorer les raisons pour lesquelles la société n'avait pas demandé la livraison des pièces d'entrée de cause.

Pour L_____, qui a participé à la négociation des termes du contrat, 5'000 pièces devaient être commandées et achetées pendant les deux premières années; en revanche, pour les 15'000 systèmes mentionnés à l'art. 3.2.1, il ne s'agissait que d'un prévisionnel et il n'y avait donc pas de délai pour commander.

H_____ a expliqué que selon sa compréhension du contrat, "commande ferme" s'opposait à "prévisionnel de commande", ce dernier terme s'appliquant aux informations sur ce qui pourrait être commandé plus tard, sans constituer pour autant une commande ferme. Il a confirmé les chiffres ressortant de la pièce 28 produite par B_____SA, précisant que sur le marché américain, un appareil équipé du système "C_____"TM était vendu USD 16'999.-, soit USD 2'000.- de plus qu'un appareil dépourvu de ce système et que pour le reste du monde, la

différence était de l'ordre de USD 500.- à USD 550.-, le coût de fabrication du capteur étant, lui, de l'ordre de EUR 340.-, avec ou sans "C_____"TM. Il a reconnu que D_____ produisait une quantité de 20'000 capteurs par année, mais a précisé que ce chiffre tenait compte des capteurs produits pour être utilisés dans le cadre du service après-vente, s'agissant d'instruments fragiles pour lesquels le taux de remplacement était important.

Pour K_____, la commande des 15'000 pièces supplémentaires allait dépendre du marché et B_____SA n'avait pas, à ce stade, à donner plus de précisions sur ses commandes futures. A sa connaissance, B_____SA ne commercialisait plus le produit et il ne pensait pas qu'elle avait encore des prétentions sur celui-ci.

v) Les parties ont persisté dans leurs conclusions à l'occasion des plaidoiries écrites qu'elles ont déposées le 7 avril 2014, dans le délai imparti par le Tribunal.

Se fondant sur une déclaration faite par I_____ lors de son audition, A_____ a affirmé que le volume particulièrement faible de systèmes "C_____"TM commandés s'expliquait par le retard qu'avait pris B_____SA dans la fabrication de son propre produit.

Elle avait par ailleurs été informée qu'en mai 2010, D_____ avait déposé une demande de brevet relative à un "Appareil d'Alignement pour Radiographie Intrabuccale dentaire" et n'avait donc pour ce faire pas hésité à se servir des connaissances technologiques acquises auprès de son cocontractant, étant relevé que les demandes de livraison de B_____SA avaient cessé peu après.

Pour sa part, B_____SA a réfuté les accusations d'acte illicite en relation avec une prétendue appropriation de la paternité de la technologie "C_____"TM, subsidiairement, s'est prévalu de son absence de légitimation passive, l'article incriminé se référant à la société D_____.

Elle a par ailleurs fait valoir que dans la mesure où A_____ avait résilié le contrat, elle ne pouvait exiger que des dommages-intérêts négatifs, soit essentiellement les frais de négociation, conclusion et exécution du contrat exposés en vain, le gain manqué en relation avec les affaires auxquelles elle avait renoncé au profit de la conclusion du présent contrat, ainsi que les dommages-intérêts le cas échéant dus à des tiers du fait de l'inexécution contractuelle.

Les parties ont par la suite fait parvenir au Tribunal des observations écrites, le 30 avril 2014 pour B_____SA, le 6 mai 2014 pour A_____.

B_____SA y a notamment fait valoir que les faits en relation avec le dépôt d'un brevet par D_____ étaient invoqués tardivement, la requête de brevet étant librement accessible au public depuis novembre 2011, soit avant l'introduction de l'action.

- D. a)** Dans le jugement querellé, le Tribunal a retenu que le contrat liant les parties, qu'il n'était pas nécessaire de qualifier dès lors que l'application des règles sur la demeure n'était pas contestée, était régi par le droit suisse, choisi par les parties, à l'exclusion de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, dont les parties avaient expressément exclu l'application.

Sur le fond, l'on devait considérer, au vu de l'attitude des parties au cours des négociations et des différents projets élaborés par elles, que si l'art. 3.2.1 n'obligeait pas B_____SA à passer une commande ferme supplémentaire de 15'000 systèmes avant le 24 mars 2011, il la contraignait en revanche à fournir, avant cette date, un échéancier de commandes fermes portant sur 15'000 systèmes supplémentaires et ce dans un délai raisonnable, quand bien même aucune limite dans le temps n'avait été fixée sur ce point. Or, malgré la mise en demeure de A_____ du 25 septembre 2010, B_____SA n'avait jamais fourni à sa cocontractante de commande prévisionnelle portant sur un tel volume.

S'agissant de la commande et de la livraison des 5'000 systèmes visés par l'art. 3.2.1 du contrat, elles devaient intervenir durant la période initiale de deux ans. Aussi, en formulant un appel à la livraison le 21 mars 2011, soit trois jours seulement avant l'échéance de la période initiale de deux ans, B_____SA avait failli à son obligation de commander et de permettre à A_____ la livraison des 5'000 systèmes.

Le Tribunal a retenu, compte tenu des manquements contractuels de B_____SA, que A_____ était à même d'invoquer de justes motifs à l'appui de la résiliation du contrat. Le résultat était identique en considérant que B_____SA n'avait pas donné suite à la mise en demeure de A_____, ce qui autorisait celle-ci à mettre un terme au contrat conformément à l'art. 107 al. 2 CO. A_____ estimait à juste titre devoir être replacée dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté, au moins jusqu'au 24 mars 2011. Mais même dans cette hypothèse, le contrat ne mettait pas à la charge de B_____SA une obligation d'accepter la livraison des 15'000 systèmes supplémentaires et donc de les payer durant les deux premières années du contrat.

En ce qui concerne le solde des 3'900 systèmes dont la commande était prévue pour les deux années initiales du contrat, B_____SA n'avait pas établi son préjudice.

La résiliation étant fondée, B_____SA ne pouvait plus, depuis le 24 mars 2011, faire usage de la licence qui lui avait été concédée. Elle devait être déboutée de l'ensemble de ses conclusions portant sur l'indemnisation de son intérêt positif dès lors que la résiliation trouvait son origine dans le comportement qu'elle avait adopté.

Enfin, le Tribunal a considéré qu'il n'était pas compétent *ratione materiae* pour statuer sur les prétentions d'A_____ pour la violation par B_____SA des dispositions sur la concurrence déloyale, l'action n'étant au demeurant pas chiffrée.

b) A l'appui de son appel, A_____ a fait valoir que pour les deux premières années du contrat, 20'000 unités devaient être commandées et livrées avant le 24 mars 2011. La simple remise d'un échéancier de commande au terme de cette période ne suffisait pas pour que B_____SA s'affranchisse de cette obligation.

Au sujet du préjudice relatif aux royalties, le Tribunal ne pouvait raisonnablement retenir que la version finale du contrat prévoyait "la diminution de son prix par la défenderesse (A_____) à 250 EUROS, royalties non comprises". La Cour devait retenir, selon A_____, que le prix de vente final était de EUR 250.-, royalties comprises, augmenté par la suite à EUR 268.-. Au terme des deux premières années du contrat, c'est un montant de EUR 880'000.- (20'000.- x EUR 44.-) qui aurait dû être versé à titre de royalties à A_____. Or, seulement 1'100 systèmes avaient été commandés et payés, de sorte que le préjudice s'élevait à EUR 831'000.- (EUR 880'000.- – [1'100 x 44]).

A_____ ne pouvait pas établir de manière objective et précise sa marge d'exploitation, totalement dépendante, selon elle, des agissements de B_____SA. Le Tribunal devait ainsi faire usage de son pouvoir d'appréciation pour définir le coût d'exploitation épargné par A_____ sur les 18'900 systèmes non produits. A tout le moins, un gain manqué de l'ordre de EUR 436'720.- (EUR 206.- x 20'000 x 10,6%) aurait dû être retenu en faveur d'A_____, en retenant la notion de "coût de sa propre prestation" jamais abordée au cours des enquêtes et en ne donnant pas aux parties l'occasion de s'exprimer à ce sujet.

c) Dans sa réponse, B_____SA a indiqué qu'elle se satisfaisait du jugement querellé, bien que le Tribunal ait considéré à tort qu'elle avait violé le contrat et que des justes motifs de résiliation existaient, écartant ainsi ses prétentions en dommages-intérêts. En revanche, le jugement entrepris avait retenu à raison qu'aucune obligation d'achat de 20'000 unités dans la première période de deux ans n'existait, soulignant la différence entre la première commande ferme de 5'000 unités et la deuxième commande prévisionnelle de 15'000 unités.

La réelle et commune volonté des parties découlant du contrat était que durant la période initiale de deux ans, B_____SA fasse une commande prévisionnelle de 15'000 unités supplémentaires et non qu'elle procède à une commande ferme de celles-ci, ni qu'elle en prenne livraison et en paie le prix durant cette même période. Le fait qu'aucune obligation ferme d'achat pour les 15'000 unités n'existait ressortait de l'art. 3.2.2 de l'offre de licence, qui prévoyait les modalités de continuation des rapports contractuels après la période initiale de deux ans,

indépendamment de toute obligation pour B_____SA d'acheter ces 15'000 unités supplémentaires.

B_____SA a estimé par ailleurs que le Tribunal avait à juste titre retenu dans le jugement entrepris que A_____ n'avait ni correctement allégué, ni prouvé le dommage dont elle demandait réparation. Cette dernière n'avait fourni en première instance aucun élément pour tenter d'établir quelle avait été sa marge (bénéfice) sur la vente des premières 1'100 unités qui avaient été livrées à B_____SA et payées par elle. Elle n'avait pas produit de budget, ni le cas échéant une expertise sur les coûts de production. L'absence de tout élément n'avait pas permis au Tribunal, même en application de l'art. 42 al. 2 CO, d'établir le dommage effectif subi par A_____. Celle-ci avait allégué, pour la première fois en appel, qu'une partie de son dommage aurait été composée de royalties contenues dans le prix de vente des unités C_____. Or, ces allégations étaient des faux nova qui auraient pu être allégués devant le premier juge; elles devaient donc être déclarées irrecevables en application de l'art. 317 CPC. Les nouvelles allégations concernant les marges opérationnelles de B_____SA et D_____ et leur application par analogie à A_____ étaient également de faux nova, de même que celles à propos du calcul de l'éventuelle marge sur le montant de EUR 18.- par unité.

Quoi qu'il en soit, et contrairement à ce que le Tribunal avait retenu, A_____ n'avait pas droit à la réparation de son dommage positif dès lors qu'elle avait choisi de résilier le contrat. Seul le dommage négatif aurait pu être réparé; or, il n'avait ni été allégué, ni prouvé.

Enfin, il n'y avait aucune violation du droit d'être entendu. Il n'incombait pas au Tribunal d'attirer l'attention de A_____ sur les lacunes de ses écritures. Le Tribunal ne devait pas non plus interpellier les parties en application de l'art. 56 CPC. L'appel devait donc être rejeté.

d) Dans sa réplique, A_____ a rappelé que c'était B_____SA qui avait violé ses engagements contractuels. Le prix de EUR 250.- par système, accepté par elle moyennant l'augmentation du volume de commande, s'entendait "royalties comprises". Le chiffre d'affaires de A_____, soit la somme des produits réalisés conformément au contrat, constituait le seul élément objectivement déterminable pour établir le dommage.

Le Tribunal avait retenu par ailleurs à juste titre que, s'agissant d'un contrat de durée résilié *ex nunc*, l'indemnisation ne se limitait pas à l'intérêt négatif. Si la Cour remettait en cause cette approche, il fallait alors renvoyer la cause au Tribunal pour instruction complémentaire.

Enfin, A_____ a persisté à considérer que le Tribunal aurait dû donner aux parties l'occasion de clarifier leurs prétentions et leurs déclarations en application de l'art. 56 CPC.

e) Dans sa duplique, B_____SA a notamment rappelé que la conséquence d'une absence d'allégation d'un fait était sans appel, en ce sens que le fait non allégué ne pouvait pas être pris en considération dans le jugement. A_____ devait donc être déboutée de ses conclusions concernant les royalties. Par ailleurs, B_____SA a repris les arguments développés dans sa réponse.

f) Par courrier du 2 mars 2015, le greffe de la Cour a avisé les parties du fait que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1.** Le jugement attaqué constitue une décision finale de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC). La voie de l'appel est ouverte, dès lors que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions de première instance est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

L'appel, écrit, motivé et formé dans le délai de 30 jours à compter de la notification du jugement attaqué, est recevable (art. 311 al. 1 CPC).

1.2. La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC). Elle applique en outre la maxime des débats et le principe de disposition (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

2. **2.1.** Les faits et les moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel aux conditions de l'art. 317 CPC. La Cour examine en principe d'office la recevabilité des faits et les moyens de preuve nouveaux en appel (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2013, n. 26 ad art. 317 CPC).

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 6 ad art. 317).

Il appartient au plaideur qui entend invoquer des nova improprement dits devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance. Dans le système du CPC,

cette diligence suppose qu'au stade de la première instance déjà, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (arrêt du Tribunal fédéral 4A_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1, in SJ 2013 I 311 et les réf. citées).

2.2. En l'espèce, l'appelante a allégué pour la première fois en appel qu'une partie de son dommage était composée de royalties contenues dans le prix de vente des unités C_____. Elle a aussi allégué pour la première fois en appel des faits concernant les marges opérationnelles de l'intimée et de D_____ et l'application par analogie de ces marges à elle-même pour établir son dommage. L'appelante n'a pas expliqué les raisons pour lesquelles ces allégations n'avaient pas été formulées devant le premier juge. Il apparaît en réalité qu'elles auraient pu être invoquées devant le Tribunal, de sorte qu'elles sont irrecevables en appel, par application de l'art. 317 CPC. Il n'en sera donc pas tenu compte.

- 3. 3.1.** Sur le plan procédural, la maxime des débats implique l'obligation, pour les parties, d'alléguer les faits à l'appui de leurs prétentions et d'offrir les preuves permettant d'établir ces faits (TAPPY, in CPC, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, no 3 ad art. 55 CPC). La demande doit ainsi contenir des allégations détaillées et articulées en vue, notamment, de faciliter la détermination du défendeur (art. 221 al. 1 let. d CPC; TAPPY, op. cit., no 17 ad art. 221 et no 18 ad art. 222 CPC). Il en va de même pour la réponse (art. 222 al. 1 CPC).

Le juge a cependant un devoir d'interpellation lorsque les actes ou les déclarations des parties sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets, et leur donne l'occasion de les clarifier ou de les compléter (art. 56 CPC). Le cas échéant, il permet aux parties d'administrer leurs preuves sur les faits pertinents pour la solution du litige et qui sont contestés (art. 150 CPC).

La portée de ce devoir d'interpellation diffère toutefois selon la maxime applicable à la procédure. Dans les procédures où la maxime des débats prévaut, il n'intervient qu'en cas de manquement manifeste des parties (FF 2006 6890).

3.2. En l'espèce, l'appelante a reproché au premier juge de ne pas l'avoir interpellée sur la question des coûts de production supportés par elle, prenant ainsi en compte des éléments sur lesquels les parties n'avaient jamais eu l'occasion de se déterminer.

Cependant, ainsi qu'on l'a vu, le devoir d'interpellation du juge n'existe que lorsque les actes ou déclarations des parties sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets.

Le juge n'a toutefois pas à corriger les lacunes des parties dans leurs écritures. Cela est d'autant plus vrai lorsque la procédure est soumise à la maxime des

débats, comme en l'espèce. Il en résulte que le grief de l'appelante, selon lequel le Tribunal devait l'interpeller sur la question des coûts de production supportés par elle, doit être rejeté dès lors que les faits pertinents relatifs à cette question n'ont pas été allégués. En tant qu'elle fait valoir une violation de son droit d'être entendu (art. 29 Cst), son grief doit être rejeté pour les mêmes motifs.

4. Le Tribunal a considéré qu'il n'était pas nécessaire de qualifier le contrat conclu par les parties, dès lors que l'application des règles sur la demeure (art. 102 ss CO) n'était pas contestée. Comme le retient le jugement querellé, ce contrat peut être qualifié de contrat de licence (contrat *sui generis*) ou de contrat mixte combinant les éléments du contrat de licence et du contrat d'entreprise (TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 2009, n° 4243; SJ 1999 212).

Les parties n'ont pas critiqué le jugement sur ce point.

5. **5.1.** Les parties n'ont pas la même lecture du contrat qu'elles ont signé en juillet 2008, notamment de son art. 3.2. L'appelante soutient qu'en plus d'une commande ferme immédiate de 5'000 systèmes, l'intimée était dans l'obligation de lui commander 15'000 systèmes supplémentaires durant les deux premières années du contrat.

5.2. Lorsqu'il est amené à qualifier et à interpréter un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 135 III 410; arrêt du Tribunal fédéral 4A_533/2012 du 6 février 2013).

Cette intention s'établit le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (ATF 131 III 606; ATF 127 III 444), parmi lesquels figurent les circonstances survenues antérieurement, simultanément ou postérieurement à la conclusion du contrat, en particulier le comportement des parties (ATF 132 III 626; ATF 118 II 365/JT 1993 I 362; SJ 1996 549; WINIGER, Commentaire romand, 2012, n° 34 ad art. 18 CO).

Lorsque la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou que leurs volontés intimes divergent, il convient d'interpréter les déclarations et comportements selon la théorie de la confiance. Il faut donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Sont déterminantes à cet égard les circonstances qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, mais non pas les événements postérieurs (ATF 136 III 186; ATF 135 III 295). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 136 III 186; ATF 135 III 410).

5.3. En l'espèce, l'art. 3.2.1 du contrat règle les obligations des parties durant les deux premières années de leur relation, soit durant la période courant du 24 mars 2009 au 24 mars 2011. La commande des 5'000 systèmes et celle des 15'000 autres systèmes font l'objet de deux paragraphes séparés. La désignation des commandes est également différente, puisque la première est mentionnée comme un "*firm and immediate order*" alors que le contrat se réfère à la seconde comme à un "*forecast order*".

Le Tribunal a retenu qu'il fallait déduire de ces distinctions que les parties entendaient traiter différemment les deux types de commandes et que la seconde n'impliquait pas l'obligation d'une commande ferme de 15'000 unités durant la période initiale, faute de quoi soit le terme "ferme" aurait pu et dû être utilisé dans le paragraphe même, soit cette commande aurait dû être intégrée au paragraphe précédent. Cette interprétation était corroborée par le fait que l'art. 3.2.2 visait précisément l'hypothèse dans laquelle une quantité de 20'000 systèmes n'aurait pas été atteinte durant les deux premières années du contrat. On pouvait donc en déduire qu'il n'existait pas d'obligation de la part de l'intimée de commander 20'000 systèmes durant la période initiale de deux ans. L'interprétation du Tribunal sur ce point n'est pas critiquable.

Le premier juge a retenu également à juste titre que les différents projets élaborés au cours des négociations faisaient eux aussi ressortir la volonté de l'intimée de ne pas s'engager d'emblée pour un tel volume de commande. En effet, la proposition du 27 janvier 2008 de l'appelante de diminuer son prix unitaire (initialement fixé à EUR 345.-, *royalties* incluses, pour des commandes inférieures à 3'000 systèmes par an) à EUR 250.-/pièce, *royalties incluses*, moyennant une commande ferme et immédiate pour la fourniture de 20'000 systèmes, avait été clairement refusée par l'intimée, qui avait fait une contreproposition portant sur un volume de commande initial de 3'500 systèmes pour EUR 150.-, *royalties* comprises. La version finale du contrat consistait en une solution médiane, l'intimée acceptant d'augmenter son volume initial de commande à 5'000, moyennant la diminution du prix par l'appelante à EUR 250.-, *royalties* non comprises. Il n'y avait ainsi pas eu, en plus, un engagement ferme de l'intimée de commander un total de 20'000 systèmes durant les deux premières années du contrat.

A l'instar du Tribunal, la Cour retient que la réelle et commune volonté des parties découlant du contrat était que durant la période initiale de deux ans, l'intimée fasse une commande prévisionnelle de 15'000 unités supplémentaires, et non qu'elle procède à une commande ferme de celles-ci.

- 6. 6.1.** Il reste à déterminer si l'intimée a violé le contrat en ne fournissant pas à l'appelante un échéancier de commandes fermes portant sur 15'000 systèmes supplémentaires avant le 24 mars 2011 et les conséquences d'un tel manquement.

Le Tribunal a retenu que tel était bien le cas, dès lors que l'intimée, malgré la mise en demeure de l'appelante du 28 septembre 2010, n'avait jamais fourni à sa cocontractante de commande prévisionnelle portant sur un tel volume. Son dernier courrier du 21 mars 2011 indiquait en effet qu'elle ne comptait pas passer de commande au cours des quatre années suivantes et qu'elle projetait par la suite un volume de commande de l'ordre de 1'000 à 1'500 unités par an, sans engagement de sa part. Ce faisant, l'intimée n'avait pas respecté l'une de ses obligations contractuelles.

Dans sa réponse à l'appel, l'intimée a critiqué le jugement querellé sur ce point, renonçant toutefois, par gain de paix, à interjeter un appel joint et se satisfaisant ainsi de la décision, même si seule une partie de ses conclusions avait été admise.

La Cour retient que les considérants du Tribunal ne sont pas critiquables sur ce point, l'intimée n'ayant en effet passé aucune commande prévisionnelle de 15'000 unités dans le délai de deux ans, contrairement à son obligation résultant du contrat conclu avec l'appelante. C'est également à juste titre que le Tribunal a retenu qu'en formulant un appel à livraison des 5'000 premiers systèmes par courrier du 21 mars 2011, soit trois jours avant l'échéance de la période initiale de deux ans, l'intimée avait failli à son obligation de commander et de permettre à l'appelante la livraison des 5'000 unités dans le délai prévu contractuellement. La Cour se réfère sur ce point aux considérants du Tribunal.

6.2. L'appelante a admis avoir résilié le contrat et a estimé devoir être replacée dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement rempli, au moins jusqu'à l'échéance du 24 mars 2011. L'intimée a soutenu au contraire que l'appelante ne pouvait prétendre qu'à l'indemnisation de son intérêt négatif.

6.3. Le contrat conclu par les parties ne contient aucune clause concernant la possibilité de résilier pour l'appelante.

Il est néanmoins admis qu'une obligation ne peut pas être perpétuelle. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que dans le contrat de licence, où les parties étaient liées beaucoup plus étroitement que lorsque leurs prestations étaient instantanées, il fallait reconnaître à chacune le droit de le résilier lorsque sa continuation ne pouvait être raisonnablement exigée, soit pour de justes motifs, et même en raison de circonstances dont le partenaire ne répondait pas (ATF 92 II 299). Cette résiliation devait cependant demeurer l'exception lorsqu'il était loisible à la partie qui s'en prévalait de résoudre le contrat en application des art. 107 ss CO.

- 7. 7.1.** Aux termes de l'art. 102 al. 1 CO, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier. L'interpellation est une déclaration expresse ou par acte concluant, adressée par le créancier au débiteur, par laquelle le premier fait comprendre au second qu'il réclame l'exécution de la prestation due : elle doit être claire et sans équivoque, le débiteur devant pouvoir

comprendre que le retard sera désormais considéré comme une violation de son obligation (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 1997, p. 685-686; THEVENOZ, Commentaire romand, 2012, n° 17, 22 et 23 ad art. 102).

Les conséquences de la demeure sont réglées aux articles 103 à 109 CO. Outre des dommages-intérêts pour exécution tardive ou le paiement d'intérêts moratoires, le créancier peut choisir soit de renoncer à l'exécution et réclamer des dommages-intérêts positifs, soit de se départir du contrat et réclamer des dommages-intérêts négatifs (art. 107 al. 2 CO; THEVENOZ, op. cit., n° 36 ad art. 107; ATF 4A_251/2010 du 12 août 2010).

7.2. En présence d'un contrat de durée ou d'un contrat analogue à un contrat de durée, le droit de se départir rétroactivement du contrat est supprimé et seul est maintenu le droit de résilier *ex nunc*. Lorsque le créancier fait usage de son droit de résiliation, les deux parties sont donc libérées de leurs obligations pour l'avenir; mais les prestations qu'elles ont échangées ne sont en revanche plus remises en cause (ATF 123 III 124; TERCIER, Le droit des obligations, 2009, n° 1324; THEVENOZ, op.cit., n° 36 et 41ss ad art. 107 et n° 19 ad art. 109).

Le débiteur dont la demeure a amené le créancier à résoudre le contrat doit en outre réparer le dommage résultant de la caducité du contrat (art. 109 al. 2 CO). En principe, lorsque le créancier opte pour la résiliation du contrat, son indemnisation se limite alors à son intérêt négatif : il doit être placé dans la situation patrimoniale qui serait la sienne s'il n'avait pas conclu le contrat devenu caduc. Le débiteur n'est ainsi pas tenu de réparer le gain manqué sur le contrat résolu, les dommages-intérêts négatifs couvrant essentiellement les frais exposés en vain dans la négociation, la conclusion puis le début d'exécution du contrat, les dommages-intérêts dus à des tiers en raison de l'inexécution du contrat résolu et le gain manqué sur d'autres affaires auxquelles le créancier a renoncé en raison du contrat résolu (THEVENOZ, op.cit., n° 14-15 ad art. 109; WIEGAND, Commentaire bâlois, 4e éd., n° 9 ad art. 109 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_251/2010 du 12 août 2010). Toutefois, s'agissant de contrats de durée résiliés avec effet *ex nunc*, à savoir sans effet rétroactif, l'indemnisation peut ne pas se limiter à l'intérêt négatif, mais doit permettre de replacer le créancier dans la situation qui serait la sienne si le contrat n'avait pas été prématurément résilié, au moins jusqu'à la prochaine échéance (ATF 127 III 548).

7.3. Le Tribunal a retenu que l'appelante avait le droit d'être replacée dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement rempli, au moins jusqu'à la prochaine échéance (dommages-intérêts positifs), soit jusqu'au 24 mars 2011. Toutefois, même dans cette hypothèse, le contrat ne mettait pas à charge de l'intimée l'obligation d'accepter la livraison de 15'000 systèmes supplémentaires et donc de les payer durant les deux premières années du contrat.

Le premier juge a ainsi retenu que l'appelante ne pouvait réclamer à l'intimée, à titre de dommages-intérêts, qu'ils soient positifs ou négatifs, la somme de EUR 3'750'000.- correspondant au prix desdits systèmes.

Pour le solde des 3'900 systèmes, dont la commande était prévue pour les deux années initiales du contrat, le Tribunal a constaté que la prétention de l'appelante n'était pas fondée, que l'on raisonne sous l'angle de l'intérêt positif ou négatif au contrat. En effet, quand bien même les enquêtes et les pièces produites permettaient de retenir que l'appelante avait renoncé à d'autres affaires potentielles pour se concentrer sur la conclusion du contrat avec l'intimée, le montant de EUR 565'200.- qu'elle réclamait ne correspondait ni à un gain manqué en relation avec ces affaires, ni à d'autres dépenses susceptibles d'être couvertes par des dommages-intérêts négatifs. L'intérêt positif au contrat ne se confondait par ailleurs pas avec le chiffre d'affaires qui aurait été réalisé; l'appelante, qui ne prétendait pas qu'elle avait d'ores et déjà fabriqué les systèmes non livrés, aurait par conséquent dû déduire du montant réclamé le coût de sa propre prestation. Elle ne l'avait pas fait et les éléments figurant dans le dossier étaient insuffisants pour déterminer le bénéfice que l'appelante aurait pu réaliser si le contrat avait été exécuté correctement.

7.4. L'appelante critique le jugement sur ce point. Selon elle, le Tribunal aurait dû faire usage de son pouvoir d'appréciation pour définir le coût d'exploitation épargné par elle sur les 18'900 systèmes non produits, pour le déduire du montant de EUR 831'000.- qui lui était dû ($[20'000 \times 44] - [1'100 \times 44]$). A tout le moins, un gain manqué de EUR 436'720.- ($\text{EUR } 206.- \times 20'000 \times 10,6\%$) aurait dû être retenu en sa faveur, en se fondant sur la marge d'exploitation stable de la société D _____ de l'ordre de 10,6% en 2009 et 2010.

Ainsi qu'on l'a vu, aucune obligation de commande ferme pour 15'000 unités supplémentaires n'était prévue dans la période initiale de deux ans. 1'100 unités ont été par ailleurs commandées et payées. Le dommage éventuel ne porte donc que sur 3'900 unités.

7.5. Chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC).

En l'absence d'une disposition spéciale instituant une présomption, l'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6, 127 III 519 consid. 2a). Si des faits juridiquement déterminants restent douteux ou ne sont pas établis, la conséquence de l'absence de preuve est supportée par la partie demanderesse. En principe, la règle de l'art. 8 CC s'applique également lorsque la preuve porte sur des faits négatifs. Les règles de la bonne foi imposent toutefois à l'autre partie de coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la

preuve du contraire (ATF 119 II 305 consid. 1b/aa, 106 II 29 consid. 2, arrêt du Tribunal fédéral 4A_256/2013 consid. 2.2). Il résulte de l'art. 8 CC que la partie demanderesse doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit (ATF 130 III 321 consid. 3.1).

Le juge enfreint l'art. 8 CC notamment lorsqu'il admet indûment ou nie à tort l'absence de preuve (arrêt du Tribunal fédéral 4A_48/2008 du 10 juin 2008 consid. 3.2), soit qu'il applique un degré de preuve erroné, soit qu'il tienne pour exactes les allégations non prouvées d'une partie alors qu'elles sont contestées par l'autre (ATF 130 III 591 consid. 5.4), soit qu'il refuse d'administrer une preuve régulièrement offerte selon le droit procédural et portant sur un fait pertinent (ATF 129 III 18 consid. 2.6).

Un fait n'est établi que si le juge en est convaincu (ATF 131 III 222; 118 II 235, JdT 1994 I 331; 104 II 216). Le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). Ce faisant, le tribunal décide d'après sa conviction subjective personnelle si les faits se sont produits ou non, c'est-à-dire s'ils sont prouvés ou non (HOHL, Procédure civile, Tome I, 2001, n. 1105). Le juge forge sa conviction sur la base de sa seule appréciation de toutes les preuves qui auront été réunies au cours de la phase probatoire (JEANDIN, L'administration des preuves, in Le Code de procédure civile, aspects choisis, 2011, p. 93).

L'art. 8 CC n'exclut pas la preuve par indices (ATF 127 III 248 consid. 3; 122 III 219; consid. 3c; 114 II 289 consid. 2a).

7.6. En l'espèce, le premier juge n'a pas enfreint l'art. 8 CC en retenant que l'appelante n'avait pas établi son préjudice. L'appelante ne pouvait, en effet, se borner à se référer à la marge d'exploitation de la société D_____ pour soutenir que la sienne était du même ordre. L'appelante n'a pas établi le bénéfice qu'elle aurait réalisé si le contrat avait été correctement exécuté. Les éléments figurant au dossier sont d'autre part insuffisants pour permettre l'évaluation du dommage.

7.7. En ce qui concerne les nouvelles allégations de l'appelante au sujet de son dommage, il a déjà été dit que la Cour n'en tiendrait pas compte, les conditions de l'art. 317 CPC n'étant pas réunies (cf. ch. 2.2).

- 8.** Il résulte de ce qui précède que l'appelante, qui n'a pas établi son dommage, doit être déboutée des fins de son appel. Le jugement entrepris sera donc confirmé.
- 9.** Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 55'000 fr. en conformité des art. 17 et 35 RTFMC (valeur litigieuse de 4'402'111 fr.), compensés avec l'avance de frais versée par l'appelante (art. 111 al. 1 CPC), qui restera acquise à l'Etat de

Genève. Ils seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Les dépens dus par l'appelante (art. 106 al. 1 CPC) seront fixés à 35'000 fr., débours et TVA compris (art. 84, 85 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ le 10 juillet 2014 contre le jugement JTPI/6875/2014 rendu le 30 mai 2014 par le Tribunal de première instance dans la cause C/25673/2011-16.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 55'000 fr., les met à la charge d'A_____ et les compense avec l'avance versée, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ à verser à B_____ SA la somme de 35'000 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Anne-Lise JAQUIER

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.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.