

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/27257/2009

ACJC/1494/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 12 DECEMBRE 2014

Entre

A_____SAS, sise _____ (France), appelante et intimée sur appel joint d'un jugement rendu par la 16^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 14 février 2014, comparant par Me Arun Chandrasekharan, avocat, avenue de Champel 4, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

B_____AG, sise _____ (LU), intimée et appelante sur appel joint, comparant par Me Philippe Neyroud et Me Martine Stückelberg, avocats, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'étude desquels elle fait élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 15.12.2014.

EN FAIT

- A. a.** A _____ SAS, dont le siège se trouve à _____ (France), est spécialisée dans le développement et la commercialisation de produits diététiques et de nutrition, notamment de laits infantiles, qu'elle vend sous la marque "C _____".

Elle ne possède pas son propre site de production et recourt, pour la fabrication des produits qu'elle commercialise, aux services de fournisseurs situés en Europe.

- b.** Le groupe D _____, dont fait partie B _____ AG, fondée en _____ et sise à Lucerne, est actif depuis une centaine d'années dans la fabrication d'aliments à base de lait et de céréales.

B _____ AG fabrique des produits pour l'ensemble des filiales du groupe D _____, en particulier du lait en poudre.

Ces laits sont ensuite commercialisés sous la marque de ses différents clients à travers le monde. A l'époque des faits, l'essentiel de ce lait en poudre correspondait à des laits destinés aux adultes, avec des adjonctions, de chocolat par exemple. D _____ produisait toutefois déjà depuis les années nonante, sous différentes marques, des laits infantiles.

- c.** Selon les explications de B _____ AG, la fabrication des aliments destinés aux nourrissons et aux enfants en bas âge et en particulier celle du lait infantile, est très exigeante. Il faut des matières premières de source naturelle (lait lactosérum), lesquelles varient en fonction des saisons et de la nourriture ingérée par les animaux, ainsi que des oligo-éléments et des sels minéraux. Les règles d'hygiène sont très sévères et le domaine est strictement réglementé.

La réglementation européenne (directive 91/321/CEE, puis 2006/141/CE) à ce sujet a été reprise en Suisse dans l'ordonnance du Département fédéral de l'intérieur sur les aliments spéciaux du 23 novembre 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 (RS 817.022.104). En dehors de l'Europe, les règles applicables varient selon les pays, étant précisé que certains Etats appliquent le Codex Alimentarius, à savoir des normes alimentaires élaborées conjointement par l'OMS et l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture.

Toujours selon les explications de B _____ AG, le processus de développement d'un nouveau lait infantile débute par l'établissement des spécifications, comprenant la liste des ingrédients (mais sans les quantités), les caractéristiques chimiques (graisses, protéines, hydrates de carbone, etc.), physiques (aspect, densité, odeur, goût, etc..) et microbiologiques (absence ou quantité maximum de certaines bactéries) de la poudre et du lait qui en résultera, les objectifs à atteindre au

niveau de la composition, définis par une fourchette autorisée, les méthodes d'analyse à utiliser, la durée de conservation du produit et l'emballage.

Ces spécifications doivent ensuite être adaptées aux caractéristiques de l'usine de production (types de machines, procédés, etc.) et aux matières premières utilisées. Les quantités de chaque ingrédient pourront ainsi être modifiées par rapport à celles figurant dans les recettes indicatives, afin d'arriver à un produit correspondant aux spécifications souhaitées. Le fabricant doit également établir un protocole de fabrication et définir notamment les procédés utilisés, l'ordre et le moment auquel les ingrédients devront être ajoutés, les températures, les taux d'humidité, etc. Il s'agit d'une étape empirique, les paramètres des tests devant être corrigés au fur et à mesure en fonction du résultat voulu, et les spécifications le cas échéant être adaptées pour tenir compte des résultats des tests.

La phase de développement et d'essais de production dure normalement, pour un produit, environ six mois, étant précisé qu'il faut en général environ quatre semaines pour obtenir tous les résultats des tests. Il est par ailleurs usuel qu'un délai compris entre deux et quatre mois s'écoule entre la réception des recettes et le début des essais.

d. Les parties sont entrées en contact dans le courant du mois de janvier 2006, en vue notamment de la fabrication par B_____AG de céréales et de laits infantiles destinés à être commercialisés par A_____SAS sous la marque "C_____".

A_____SAS était en effet à l'époque dans une phase d'expansion et était à la recherche de capacités de production supplémentaires. De son côté, le groupe D_____ avait déjà pour projet, depuis mi-2005, de développer ses produits pour nourrissons et notamment de créer une ligne spécialisée de laits pour enfants. A cette fin, B_____AG avait eu des discussions avec la société E_____, qui lui avait envoyé des formules de laits pour enfants qui devaient être copiées par B_____AG. F_____, qui auparavant travaillait pour E_____, avait par ailleurs repris, à dater du 1^{er} janvier 2006, la direction de B_____AG, la société de vente internationale de lait infantile du groupe. B_____AG avait également fait l'acquisition d'une nouvelle ligne de conditionnement.

B_____AG s'est donc déclarée intéressée, d'une part parce que les volumes supplémentaires promis par A_____SAS devaient lui permettre de réaliser des économies d'échelle en utilisant de manière optimale ses installations et de devenir concurrentielle au niveau européen et mondial, et d'autre part parce que A_____SAS était meilleure qu'elle sur deux points : le prix des matières premières et l'efficacité des processus de production.

e. A_____SAS a fait parvenir à B_____AG une formule standard, en lui demandant de lui faire une offre s'agissant des coûts des ingrédients, ainsi que des

coûts de production, de conditionnement et d'analyse et les parties sont entrées en pourparlers.

Dans ce cadre, des représentants de A_____SAS ont visité le site de production de B_____AG à _____ en avril 2006, afin d'avoir une vue d'ensemble des installations et des méthodes de fabrication et de s'assurer de la capacité de B_____AG de produire les laits souhaités. Après cette visite, les représentants de A_____SAS ont rendu un rapport détaillé faisant état de treize points à améliorer, tels que par exemple l'hygiène de la production. Ce rapport a été transmis à B_____AG en juillet 2006, laquelle s'est prononcée sur son contenu en septembre 2006.

A_____SAS a par ailleurs remis à B_____AG les spécifications générales et individuelles des laits infantiles "C_____", résultant tant de la législation en vigueur que de ses propres exigences. Ces caractéristiques ont ensuite été discutées entre le directeur technique de A_____SAS, G_____, et la responsable qualité de B_____AG, H_____, afin notamment de s'assurer que B_____AG serait en mesure, compte tenu de ses équipements et de sa manière de travailler, de les respecter; certaines d'entre elles ont été adaptées, afin de pouvoir correspondre aux capacités de B_____AG.

Pour évaluer les prix proposés par A_____SAS, B_____AG a retenu un objectif d'utilisation de sa tour de séchage de 60% et de sa ligne d'emballage de 18%, ce qui lui permettait de dégager une marge respectivement de 0,14 fr./kg et 0,11 fr./kg pour couvrir ses frais fixes relatifs au séchage de 0,39 fr./kg et ceux relatifs à l'emballage de 0,35 fr./kg. Les frais fixes sont les coûts d'amortissement des machines existantes.

F_____ ayant fait remarquer à A_____SAS que ses prix étaient plus bas que ceux proposés par E_____, son interlocutrice lui a répondu, en lui soumettant un contrat caviardé conclu avec un tiers, qu'ils correspondaient à ceux qu'elle obtenait déjà auprès d'autres prestataires.

f. Fin mai-début juin 2006, A_____SAS et B_____AG ont signé un accord de confidentialité aux termes duquel toutes deux s'engageaient à ne pas divulguer ou exploiter les informations et documents dont elles auraient pu avoir connaissance dans le cadre des négociations, ainsi que pendant la durée de l'accord et durant une période de trois ans au-delà de son terme.

g. Ces négociations ont abouti à la signature par les parties le 22 novembre 2006, d'un contrat intitulé "*Manufacturing and Supply Agreement*" destiné à régler, "pour une durée de 5 + 5 = dix (10) ans" (art. 12.1.1), les termes et conditions de la fabrication et de la fourniture, par B_____AG, de produits conformes aux spécifications générales et individuelles annexées au contrat.

Ce contrat comportait notamment un article 3 destiné à régler les protocoles de fabrication (phase de développement et essais de production, art. 3.1; procédé de fabrication, art. 3.2; matières premières, emballages et étiquetages, art. 3.3) et un article 4 régissant la phase de production proprement dite (art. 4.1), les prévisions (art. 4.2) et les commandes (art. 4.3 et 4.4).

Il prévoyait que dès réception du cahier des charges, B_____AG procéderait à des tests, essais et analyses, afin de qualifier la faisabilité de la production de la formule (i.e. ensemble des spécifications et caractéristiques particulières définissant un produit) et de définir les paramètres de production sur ses équipements (art. 3.1.1). Les spécifications prévoyaient notamment pour chaque produit reconstitué des valeurs de viscosité (spécifications particulières, annexe B, p. 22, 25, 34, 37 et 45).

Ces essais de production devaient être validés et approuvés par A_____SAS avant toute commercialisation (art. 3.1.6).

A_____SAS s'engageait à cet égard à payer les services fournis par B_____AG durant la phase de test et de développement d'un produit et/ou d'un nouveau produit selon leur coût réel, après avoir au préalable approuvé le budget correspondant aux tests (art. 3.1.4).

B_____AG s'engageait ensuite à fabriquer les produits selon les prévisions et commandes fermes dans la limite de 3'600 tonnes par an (4.1.1) et à procéder à des contrôles de qualité conformément au processus annexé, pour chaque lot de produits livré (art. 5.1).

Pour ce faire, B_____AG a garanti qu'elle possédait les équipements, les installations et les ressources humaines nécessaires, ainsi que l'expertise et le savoir-faire suffisants pour satisfaire à ses obligations résultant du contrat (art. 8.1).

De son côté, une fois la phase de conceptualisation et de développement de la formule terminée, A_____SAS s'engageait à commander au minimum 600 tonnes métriques la première année, 900 tonnes métriques la seconde année et 1'200 tonnes métriques la troisième année (art. 4.1.4), pour un minimum de 7 à 14 tonnes métriques par produit et par commande (art. 4.3.1); elle s'engageait par ailleurs, dès la signature du contrat, à fournir au début de chaque trimestre un prévisionnel, sans engagement, de ses besoins à trois et à cinq mois (art. 4.2).

Ces commandes devaient être honorées dans les 45 jours, et jamais plus tard que 60 jours à dater de leur envoi, à condition que les quantités et le produit aient été confirmés par une prévision à deux mois (art. 4.3.3).

Les prix en euros, convenus pour chaque produit, ont été annexés au contrat; ils devaient être réajustés une fois l'an à dater de janvier 2008, en fonction des

variations de l'indice du salaire nominal de l'industrie agro-alimentaire, de l'alcool et des tabacs suisses (art. 7). Ils étaient notamment composés du prix de revient des matières premières et des emballages et étiquettes, augmenté de 0,30 euros par kilo de séchage pour 1'000 kilos de poudre, de 0,10-0,18 euros par kilo de produit pour l'analyse et de 0,20 euros par kilo de produit pour le conditionnement.

Deux dispositions du contrat régissaient spécifiquement les droits et obligations des parties relatifs aux informations protégées et à la propriété intellectuelle (art. 10 et 11).

B_____AG s'engageait en particulier à ne produire aucune formule infantile en utilisant les mêmes composants spécifiques comme l'amidon ou l'hydrolysat, sélectionnés par A_____SAS après évaluation (au terme de processus de sélection comme de tests sur animaux, enquêtes, évaluations cliniques et médicales, évaluation de procédé, évaluation analytique, étude de marchés, etc..) et choisis par elle pour les produits, et à ne pas détourner des informations confidentielles (incluant non limitativement les conseils techniques prodigués par A_____SAS) afin de produire, fournir, vendre ou distribuer, directement ou indirectement, des produits concurrents ou interchangeables avec ceux de A_____SAS, à moins que l'information en question soit déjà tombée dans le domaine public (art. 10.2.2).

Une violation de cet engagement était sanctionnée par une pénalité de 100'000 euros, payable à réception d'une notification écrite de l'autre partie, sans préjudice des autres droits et recours à disposition de celle-ci (art. 10.2.5).

Une clause prévoyait par ailleurs pour les parties la possibilité de résilier le contrat de manière anticipée, notamment pour le cas où l'une des parties viendrait à manquer à l'une de ses obligations contractuelles et n'y remédierait pas dans un délai de nonante jours ouvrés à compter de la réception de la notification écrite par l'autre partie de cette inexécution contractuelle (art. 12.2.i).

Le contrat a été soumis au droit suisse, à l'exclusion expresse de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (art. 15.1).

Les parties se sont par ailleurs engagées à soumettre tout litige, différend ou demande survenant dans le cadre de la relation contractuelle, incluant la validité, la nullité, l'inexécution ou la résiliation, à une procédure de médiation conformément au règlement suisse de médiation commerciale des Chambres du commerce suisses (art. 15.2).

Une élection de for en faveur des Tribunaux genevois a enfin été adoptée, pour le cas où les parties ne parviendraient pas à un accord.

h. Le 13 décembre 2006, A_____SAS a envoyé à B_____AG les recettes indicatives pour douze des quatorze produits (N1, IT1, AC1, S1, AR1, L1, N2, IT2, AC2, S2, AR2 et N3), en précisant que les premiers produits qu'elle souhaitait commander après les tests étaient les laits N1, N2, N3, L1, S1 et S2. Elle a ajouté que certains pourcentages de minéraux devraient être adaptés pour être compatibles avec les profils nutritionnels de chaque produit, et que toutes les recettes devraient être testées industriellement pour remplir les spécifications et être aussi proches que possible des produits existants. La transmission de ces recettes devait permettre à B_____AG d'organiser rapidement la production.

Le 15 décembre 2006, le directeur technique de A_____SAS, G_____, a confirmé à B_____AG sa venue le 20 décembre suivant avec une partie de son équipe, afin notamment d'organiser toute la phase de tests pour les quatorze produits en janvier 2007.

F_____ lui a immédiatement répondu que ce jour-là, son équipe ne serait disponible que de manière limitée et qu'ils ne pourraient de toutes façons pas convenir d'un planning détaillé pour les quatorze recettes en janvier, sa ligne de production n'étant pas disponible à 100% pour A_____SAS et son propre groupe de projet devant se réunir le 10 janvier 2007 pour prendre des décisions finales pour la mise en œuvre du projet.

Le PDG de A_____SAS, I_____, s'est inquiété de ce manque de disponibilité, en soulignant que sa société projetait un volume avoisinant les 2000 tonnes métriques sur 12 mois à dater de mars 2007. F_____ lui a alors indiqué que G_____ serait le bienvenu à la réunion du 10 janvier 2007.

Par courriel du 21 décembre 2006, I_____ a néanmoins fait part à F_____ de ses craintes, à la suite de plusieurs entretiens que ses collaborateurs avaient eus avec ceux de B_____AG : tout d'abord, alors qu'il avait été confirmé que six jours allaient être consacrés aux essais, il apprenait que seuls deux jours y seraient dévolus, ce qui voulait dire que les essais nécessaires ne pourraient avoir lieu à temps; par ailleurs, une pénurie de lactose et de lactosérum dans les unités de production de B_____AG les contraignait à reconsidérer les formules et recettes qui seraient produites pendant cette première série et en début d'année 2007, ce qui constituait un problème, car leurs formules standard contenaient un pourcentage élevé de ces deux composants; enfin, il apparaissait que la capacité de la ligne de production de B_____AG était de 20 unités par minute, ce qui signifiait qu'il n'y avait aucun moyen pour qu'elle produise ne serait-ce que la moitié du volume qu'elle s'était engagée à produire, sans même parler d'autres commandes qu'elle pourrait recevoir.

I_____ a dès lors proposé une conférence téléphonique afin que ces problèmes, sérieux, soient pris en main.

i. Des ingénieurs de A_____SAS se sont rendus à la réunion organisée chez B_____AG le 10 janvier 2007. A cette occasion, il a été confirmé que les essais auraient lieu les 25 et 30 janvier pour une première série de cinq recettes (N1, AR1, S1, AC1 et IT1) et que les 22, 23 et 28 février seraient consacrés à une seconde série de huit recettes (N2, AR2, S2, AC2, IT2, AD et L1).

Un rappel de la procédure de production et un récapitulatif des démarches à effectuer par l'une et l'autre des parties ont par ailleurs été établis. Il était notamment relevé que la capacité actuelle de la chaîne d'emballage était de 1700 tonnes par équipe de 8 heures; il était par conséquent nécessaire de prévoir deux équipes pour 2007 et d'étudier la modernisation de la ligne de conditionnement pour augmenter le rendement.

Le 22 janvier 2007, B_____AG a informé A_____SAS que le budget pour les essais de production s'élevait à 5'000 fr. par jour, coût des matières premières non compris, et qu'elle s'attendait à devoir dépenser 12'000 fr. supplémentaires pour les coûts de développement de toutes les préparations. A_____SAS a répondu à B_____AG qu'avant de confirmer ces budgets, elle souhaitait obtenir une ventilation complète et détaillée de ces coûts, dans la mesure où elle devait prendre en charge les frais des essais sur la base de leur coût réel.

j. Les essais ont eu lieu à la fin du mois de janvier 2007, comme prévu. Au cours de ceux-ci, A_____SAS a notamment relevé que les équipements étaient en bon état et qu'il existait une expérience dans la production de produits nécessitant un soin important qui pouvait être transposée au processus de fabrication des formules infantiles. Divers points devaient en revanche être améliorés, tels que par exemple la séparation entre les différentes zones et certains contrôles.

Le 5 février 2007, B_____AG a transmis à A_____SAS le détail des coûts pour les deux essais de fin janvier, en imputant aux contraintes de délais le fait de ne pas avoir pu les fournir plus tôt et en précisant que les coûts des analyses et des matières premières seraient facturés séparément.

A_____SAS a répondu à B_____AG qu'elle-même avait déjà consacré beaucoup de temps et d'argent à la bonne marche du partenariat, sans songer à facturer ses propres coûts à son interlocutrice. Ainsi, en s'engageant à payer le coût réel des essais, elle entendait les coûts générés directement par ceux-ci (production, ingrédients, analyse, nettoyage), et non pas le coût fixe de l'équipe de B_____AG occupée au développement. Par ailleurs, un accord était intervenu fixant le coût de production à euros 0,3/kg, alors que les chiffres mentionnés par B_____AG variaient entre euros 0,73/kg et euros 0,58/kg. Elle a par conséquent demandé à son interlocutrice de revoir ses calculs pour que les coûts de développement restent raisonnables pour elle-même.

B_____AG a alors expliqué avoir inséré l'art. 3.1.4 dans le contrat conclu précieusement car elle faisait de faibles marges sur les coûts variables et qu'il lui était donc impossible de supporter ces derniers. Pour atteindre le chiffre de euros 0,3/kg, elle avait par ailleurs indiqué une taille de lot de 7 à 14 tonnes, soit une production à large échelle, alors qu'il s'agissait en l'occurrence de petits lots, pour lesquels la quantité de produits était peu importante et les opérations de nettoyage plus lourdes. Elle s'est toutefois déclarée disposée à analyser à nouveau les heures passées sur le développement et s'est engagée à présenter un budget préalablement aux essais suivants.

k. Les résultats des premiers tests ont été transmis à A_____SAS les 18 et 20 février 2007, alors que cette dernière a transmis ses propres analyses à B_____AG le 13 mars 2007, en lui demandant de procéder à des analyses complémentaires, concernant notamment la présence ou l'absence de bactéries *E. Sakazakii* et *Clostridium perfringens*.

Ces essais ont permis de relever des erreurs de formulation: les nutriments étaient excessifs dans les dix produits testés, avec parfois le double de la quantité de nutriments demandée, ce qui les rendaient non-conformes à la législation en vigueur. Par ailleurs, pour certains produits, le PH était trop faible; il y avait également des soucis liés à la densité des produits, qui se situait en dehors des paramètres fixés. S'agissant du problème de l'excédent de minéraux, son origine a par la suite été imputée au fait qu'il n'avait pas été tenu compte de l'apport en minéraux contenus dans les ingrédients de base. L'excès de matière grasse provenait quant à lui d'une erreur de quantité.

Des techniciens de A_____SAS sont intervenus pour donner des conseils à B_____AG, tant avant que pendant et après les essais, pour tenter de comprendre les problèmes rencontrés et de les résoudre. Des essais de production supplémentaires ont eu lieu à la fin des mois de février et de mars 2007, portant sur les laits IT1, IT2, S1, S2 AC1, AR1, N1 et L1.

B_____AG a alors averti A_____SAS qu'elle n'accepterait plus de modifications de dernière minute des recettes. En effet, pour les tests, il fallait normalement commander la matière première plusieurs semaines à l'avance, certains fournisseurs exigeant des délais pouvant aller jusqu'à six semaines; par ailleurs, certaines commandes portaient sur des pré-mélanges, par exemple de minéraux, qu'il n'était pas possible de changer en dernière minute.

Les résultats de ces tests ont été transmis à A_____SAS le 18 avril 2007. Ils montrent qu'un certain nombre de paramètres n'ont pu être atteints. B_____AG a néanmoins souligné qu'ils respectaient les limites légales, à l'exception d'un petit nombre d'entre eux.

Lors des analyses effectuées sur les laits AR1 et IT1, des particules noires sont apparues lors de la préparation de la solution, alors qu'elles n'étaient pas détectables dans la poudre; B_____AG n'a pas été en mesure de fournir une explication immédiate de ce phénomène.

l. Le 18 avril 2007 également, les parties se sont rencontrées à Paris pour faire le point sur les essais déjà réalisés et pour discuter de certains détails de la production et de la commercialisation des produits.

A ce moment-là, il était prévu de commencer avec la Grèce comme marché-test, avec la livraison de 50 tonnes de lait AC1, AR1, IT1 et IT2 pour le 25 juillet et un solde de 1'000 tonnes pour la fin de l'année 2007, la confirmation de commande de A_____SAS devant intervenir avant le 25 avril. Un nouveau rendez-vous a été fixé le 2 mai pour affiner les détails opérationnels.

m. Le 23 avril 2007, A_____SAS a adressé à B_____AG ses prévisions de commande à douze mois, portant sur 200'102 kg de lait IT1, 168'365 kg de lait IT2, 251'040 kg de lait N1, 234'240 kg de lait N2, 140'698 kg de lait AR1, 109'094 kg de lait AR2, 368'400 de lait N3V, 72'000 kg de lait L1, 149'491 kg de lait AC1 et 109'229 kg de lait AC2, dont environ 66'480 kg de laits AC1, L1, IT1 et IT2 pour la Grèce et la France pour la période juin/juillet 2007.

n. Les parties se sont à nouveau réunies le 21 mai 2007 pour faire le point de la situation par rapport aux projections qui avaient été faites. Il a notamment été constaté que le développement exigeait plus de temps et de ressources que prévu, ce qui nécessiterait un réajustement du planning établi pour les prochains mois/années. Par ailleurs, la capacité d'emballage de B_____AG devait être augmentée, par le biais en particulier d'adaptations des recettes de A_____SAS. La trop grande viscosité du produit avait en effet pour conséquence qu'une moins grande quantité de produit pouvait être mise en boîte en un temps donné.

Le 12 juin 2007, B_____AG a informé A_____SAS que les produits emballés étaient prêts à être envoyés et qu'elle était dans l'attente des quantités et du lieu où ils devaient l'être, ainsi que de la liste des documents dont son interlocutrice avait besoin pour cet envoi.

Le 14 juin 2007, A_____SAS a répondu d'une part qu'elle n'avait pas reçu les certificats d'analyse signés par B_____AG nécessaires avant tout envoi de marchandises, et d'autre part que les produits de la deuxième série d'essais ne pouvaient de toutes façons pas être expédiés, car ils présentaient tous des écarts avec les spécifications données, ainsi qu'avec la réglementation européenne, écarts dont elle a fourni la liste (AR1 : manganèse trop bas + particules noires; IT1 : cuivre trop haut, magnésium trop bas + présence de particules noires; S1 : lipides trop bas, protéines et cuivre trop hauts; AC1 : protéines trop basses, fer trop haut;

N1 : magnésium et zinc trop bas, fer trop haut; S2 : sodium, magnésium, manganèse et zinc trop bas; IT2 : sodium, magnésium et phosphore trop bas).

A_____SAS a par conséquent indiqué être dans l'attente d'une offre pour vendre ces produits comme nourriture destinée aux animaux, avec les produits des premiers essais.

B_____AG s'est déclarée surprise par cette réaction. Elle avait en effet envoyé le rapport d'analyse avant d'emballer la marchandise et n'avait reçu aucune remarque en retour. Au demeurant et selon elle, ces résultats rentraient dans les limites légales et les produits avaient été officiellement libérés par son assurance qualité. S'agissant des particules noires, il était apparu qu'elles résultaient d'une réaction entre les minéraux, le problème ayant été résolu par un changement de recette. Il n'était dès lors pas nécessaire de vendre la marchandise comme nourriture pour animaux.

A_____SAS a répondu avoir demandé une nouvelle série d'analyses auprès d'un laboratoire externe concernant toutes les valeurs qui sortaient des limites de la réglementation européenne; elle prendrait les décisions nécessaires une fois les résultats connus.

o. Une nouvelle réunion a eu lieu entre les parties le 29 juin 2007 à Paris.

Il a été constaté que la capacité annuelle de production de B_____AG était de 1'000 tonnes par année, à tout le moins jusqu'à la fin de l'année 2008, époque à laquelle devait être installée à _____ une nouvelle tour de séchage, d'une capacité de production supplémentaire de 23'000 tonnes. B_____AG devait par ailleurs augmenter sa capacité de conditionnement pour la fin du mois de mai 2008, étant précisé que dans l'industrie, la vitesse moyenne de conditionnement en boîtes métalliques était de 60-80 boîtes/minute.

En ce qui concerne la qualité des produits, il a été décidé que la marchandise ne pourrait être libérée sans qu'elle soit conforme au cahier des charges initialement signé. Si une déviation des spécifications se produisait, A_____SAS en serait informée et une décision commune serait prise au cas par cas. En cas d'absence d'accord, le lot serait rejeté.

Concrètement, il a été constaté que tous les produits présentaient au moins un paramètre non-conforme à la réglementation de l'Union européenne et que des points noirs étaient présents dans les laits AR1 et S1. Ils devaient par conséquent être écoulés comme nourriture pour animaux, avec les produits en vrac des premiers essais. Par ailleurs, en raison de l'adoption de nouvelles directives européennes, A_____SAS devrait envoyer de nouvelles recettes et mettre à jour le cahier des charges n° 2, l'objectif étant de produire ces nouvelles recettes à partir de novembre 2007.

En ce qui concerne le coût de la première série d'essais, A_____SAS s'est engagée à prendre en charge le coût des matières premières et la moitié des coûts de production - à l'exclusion des coûts de développement - soit 3'984,13 euros pour la facture du 1^{er} mars 2007, 3'085,95 euros pour la facture du 14 avril 2007 et 19'274,40 euros pour la facture du 27 juin 2007.

Pour la seconde série d'essais, il a été convenu que les factures seraient prises en charge à raison de la moitié par chacune des parties, coûts de développement non compris; si A_____SAS acceptait de conditionner des marchandises montrant des résultats d'analyses non-conformes, elle en assumerait les coûts.

p. Une nouvelle série de tests a été planifiée pour le 13 juillet s'agissant du lait L1, le 17 août pour le lait AD, les 6-7 septembre à _____ et les 12-14 septembre à _____ pour les autres, avec pour objectif d'atteindre les valeurs techniques spécifiées et d'optimiser la structure de la poudre afin d'utiliser les capacités maximales de la ligne de production.

Les délais de finalisation des produits commençaient en effet à inquiéter sérieusement A_____SAS et l'empêchaient d'approvisionner ses marchés comme prévu.

q. Les essais des 13 juillet et 17 août 2007 se sont révélés concluants et le responsable du développement industriel de A_____SAS, J_____, a confirmé qu'il était possible de produire le lait L1 sur le site de _____.

Le 24 août 2007, B_____AG a adressé à A_____SAS un récapitulatif des actions exécutées et à entreprendre, dont il ressort notamment :

- que l'essai de production L1 du 13 juillet avait été concluant et que 1'727 kg de lait en poudre attendaient d'être emballés;
- que le premier essai AD du 8 juin n'avait pas été concluant, mais que celui du 17 août l'avait été, de sorte qu'ils étaient dans l'attente des instructions de conditionnement de A_____SAS;
- que B_____AG devait encore envoyer à sa correspondante les détails afin d'éliminer correctement les produits conditionnés rejetés du second et du troisième essai;
- qu'elle avait besoin de connaître les recettes et les spécifications six à huit semaines avant la date des essais pour éviter les erreurs qui s'étaient produites lors des tests précédents; compte tenu de ses limites de capacité, les nouvelles recettes européennes lui étaient parvenues trop tard (i.e. le 16 août 2007; pces 32 et 34 déf.) pour réaliser les essais les 4 et 5 septembre, de sorte que leur date avait dû être reportée au 29 novembre;

-
- que la mise en place de la nouvelle chaîne d'emballage, qui permettrait d'atteindre le rendement standard de 80-90 boîtes par minute, était toujours prévue pour le mois de mai 2008 et que du personnel serait engagé pour gérer le goulot d'étranglement à court terme. Par ailleurs, à fin 2008, la nouvelle tour de séchage devait quant à elle procurer entre 20 et 24'000 tonnes de capacité supplémentaire;
 - que le montant de euros 26'344,48 convenu lors du rendez-vous du 29 juin n'avait toujours pas été payé;
 - que les parties devaient encore discuter de l'impact de la complexité de la gamme de produits en relation avec les nouvelles recettes UE et la taille des lots de conditionnement.

Par courriel du 27 août 2007, A_____SAS a toutefois informé B_____AG de ce que ses propres analyses de l'essai L1 du 13 juillet 2007 montraient la présence d'une contamination aux entérobactéries *E. Sakazakii*, ce qui rendait impossible sa commercialisation comme lait infantile, la réglementation européenne prévoyant une tolérance zéro pour ce type de bactéries.

Selon J_____, cela démontrait que techniquement, il était possible de fabriquer le produit, mais qu'il y avait eu contamination humaine, de sorte qu'il convenait de refaire les essais en recommandant à chacun de respecter les normes d'hygiène.

Les essais qui auraient dû être refaits début septembre n'ont finalement pas eu lieu.

r. Après avoir analysé les nouvelles recettes adaptées aux normes UE et Codex que lui avait transmises A_____SAS en août, B_____AG avait noté que sa cocontractante avait fixé quelques valeurs limites plus "serrées" que celles contenues dans la directive européenne, susceptibles de poser problème lors de la production et que certains paramètres ne concordaient pas.

A_____SAS a alors indiqué, début octobre 2007, avoir reçu confirmation des autorités françaises qu'elle avait jusqu'au 1^{er} janvier 2010 pour mettre en œuvre la directive UE 2006/141 et qu'elle avait donc décidé de reporter les changements à apporter aux recettes et de continuer avec les recettes actuelles jusqu'à nouvel ordre.

s. A la fin du mois de septembre 2007, A_____SAS a demandé à B_____AG des indications précises quant à ses capacités de production, afin de pouvoir organiser ses programmes pour 2008 avec ses sous-traitants et avec ses marchés.

B_____AG a répondu à A_____SAS les 27 et 29 septembre 2007 qu'il lui était très difficile de donner des chiffres, car sa ligne de conditionnement actuelle était

entièrement occupée pour l'année 2008 et que même si elle envisageait d'augmenter cette capacité avec une nouvelle ligne de conditionnement ultrarapide et d'emballage à partir de juillet 2008, il était encore prématuré de spéculer sur la date d'installation exacte de cette ligne. Par ailleurs, elle rencontrait des difficultés avec la mise en place d'un quatrième horaire, de sorte qu'il n'était pas possible de tabler sur cette solution. Pour sa part, elle avait donc l'intention de continuer son partenariat avec A_____SAS en se concentrant sur les articles qui pouvaient être rapidement mis en œuvre, qui avaient un impact limité sur ses goulets d'étranglement. Elle assurait A_____SAS qu'elle la tiendrait informée des progrès d'extension de ses capacités et qu'elle était aussi impatiente qu'elle de commencer à planifier des quantités additionnelles.

t. A la fin du mois d'octobre 2007, A_____SAS a proposé à B_____AG une réunion devant se tenir le 9 novembre afin de revoir la situation et les problèmes auxquels ils étaient confrontés et de tenter de trouver des solutions. F_____ lui ayant indiqué que K_____, *chief executive officer* du groupe D_____, n'était pas disponible avant début janvier 2008, I_____ lui a répondu que trop de temps avait déjà été perdu et qu'un report d'une réunion au mois de janvier n'était pas acceptable pour A_____SAS.

u. Par courrier de son avocat du 15 novembre 2007, A_____SAS a mis B_____AG en demeure de lui confirmer, dans un délai échéant le 21 novembre 2007, qu'elle allait exécuter sans délai ni réserves ses obligations résultant du contrat de fabrication et de fourniture du 22 novembre 2006.

B_____AG a refusé de prendre position sur ce courrier, au motif qu'une réunion était prévue le 7 décembre 2007 à Genève avec A_____SAS.

v. Par courrier du 3 décembre 2007, B_____AG a adressé à A_____SAS un récapitulatif dont les termes sont en résumé les suivants :

Elle avait signé le 22 novembre 2006 un accord pour fabriquer des recettes existantes pour des pays existants. Or, durant la phase de mise en œuvre, elle s'était rendu compte que toutes les recettes n'existaient pas et que certaines d'entre elles devaient être adaptées aux spécificités de son processus de production. Par ailleurs, les essais réalisés n'avaient pas été approuvés par A_____SAS, car leur résultat n'était pas conforme au cahier des charges. Or, A_____SAS avait maintenu des critères stricts, alors que pour B_____AG, il était impossible de respecter ces exigences au vu de son degré de précision technique.

Par ailleurs, le nouveau cahier des charges, conforme à la nouvelle réglementation européenne et au Codex posait, pour certains paramètres, des limites de tolérance si étroites qu'il était impossible pour B_____AG de les respecter avec ses équipements actuels.

Elle a rappelé que ses collaborateurs avaient travaillé dur pour développer, adapter et reproduire les recettes de A_____SAS, et que des frais de développement importants avaient été engagés, malheureusement sans succès. Le travail effectué ne justifiait dès lors pas le qualificatif d'incompétence utilisé à plusieurs reprises par A_____SAS, étant précisé que la poursuite de la collaboration ne pouvait être envisagée que dans un climat de confiance.

B_____AG a par conséquent posé les conditions suivantes à la poursuite du partenariat :

- accord sur les spécifications conformes QA (limites et tolérance) et réalisables en tenant compte des installations de B_____AG au 29 février 2008;
- paiement de toutes les factures impayées avant le 14 décembre 2007 et paiement rapide des futures factures, tout retard de paiement (plus de 40 jours) étant dorénavant considéré comme un motif valable de résiliation unilatérale du contrat, un taux d'intérêt de 6% étant au surplus appliqué dès le 14 décembre;
- adaptation des prix de production dès le 1^{er} janvier 2008, basée sur la complexité croissante de la gamme proposée au cours des différents essais, si toujours valables après fixation des spécifications, à savoir pour le séchage (en supposant un rendement de 800-1'000 kg/heure) au lieu de euros 0,30/kg, euros 0,40/kg et pour le conditionnement en boîtes, passage de euros 0,20 à euros 0,30/kg;
- coûts des essais devant être payés par A_____SAS, même si cette dernière refusait les résultats;
- assistance technique adéquate afin d'optimiser le rendement des tours de séchage et de la ligne de conditionnement, comme convenu antérieurement et sur laquelle le partenariat stratégique des parties était fondé;
- inclusion dans les résultats des essais non seulement de la faisabilité technique, mais aussi de la faisabilité économique: rendement séchage 800-1'200 kg de matière sèche/heure; vitesse de la ligne de conditionnement "> 20 boîtes/minute" avec l'injection de gaz neutre; objectifs de pertes réalistes, à fixer après les essais;
- communication correcte et adhésion aux protocoles d'affaires internationaux;
- délais de livraison réalistes, initialement à trois mois;
- annulation immédiate de la procédure de médiation.

w. A_____SAS a refusé d'entrer en matière sur ces exigences et la médiation commerciale qui s'est tenue à Genève le 28 janvier 2008 a échoué.

-
- B. a.** Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 7 décembre 2009, A_____SAS a assigné B_____AG en paiement de 11'008'625 euros avec intérêts à 5% dès le 16 novembre 2007 et de 1'000'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2008, sous réserve d'amplification.

Il ressort de la demande que le montant de 11'008'625 euros est réclamé au titre de gain manqué dû à l'inexécution par B_____AG de ses obligations résultant du *Manufacturing and Supply Agreement* et que la somme de 1'000'000 fr. est demandée au titre de gain manqué subi par A_____SAS du fait de l'exploitation indue de ses recettes de lait infantile par B_____AG.

Préalablement, A_____SAS a conclu à ce qu'il soit ordonné à B_____AG de produire l'ensemble des documents techniques et financiers, y compris les recettes et les résultats d'analyses de composition en laboratoires, liés à la fabrication et à la vente de ses laits infantiles spécialisés "L_____", "M_____" et "N_____" et à ce qu'une expertise soit mise sur pied afin de déterminer si les recettes de fabrication des laits infantiles spécialisés "L_____", "M_____" et "N_____" produits par B_____AG avaient été développées de manière indépendante par celle-ci ou si elles étaient fondées partiellement sur le savoir-faire et les recettes transmises par A_____SAS.

A_____SAS a fondé ses prétentions formulées en euros sur la responsabilité contractuelle de l'art. 97 CO. Elle estimait avoir subi un dommage du fait que le contrat du 22 novembre 2006 n'avait finalement pas abouti à une production commercialisable. Sur la base d'un rapport d'évaluation dressé par un expert-comptable indépendant, elle chiffrait son gain manqué pour les dix ans de durée du contrat à 11'008'625 euros, correspondant au surcoût de production dû au fait que les prix des sous-traitants auxquels elle avait dû finalement s'adresser étaient supérieurs à ceux offerts par B_____AG. Ses prétentions formulées en francs suisses étaient quant à elles fondées sur les articles 2 et 5 let. a de la Loi sur la concurrence déloyale (LCD).

Elle avait fourni à B_____AG la liste complète de ses fournisseurs et de leurs prix et lui avait prodigué de nombreux conseils sur les ingrédients à utiliser et sur les procédés de fabrication. Sur la base du savoir-faire acquis lors des essais de production de ses laits infantiles, B_____AG avait créé, en 2008, sa propre gamme de laits spécialisés.

- b.** B_____AG s'est opposée à la demande et a réfuté les reproches émis à son encontre.

Elle a fait valoir que le contrat comprenait deux étapes, précisément pour tenir compte de l'impossibilité pour les parties de déterminer à l'avance si un lait infantile conforme aux attentes de A_____SAS pourrait être fabriqué dans les usines de B_____AG : la première comportait exclusivement la réalisation de tests sur

la base des données transmises par A_____SAS; la seconde ne devait débiter, selon le contrat et les usages en vigueur dans l'industrie, qu'après approbation des résultats des tests par les deux parties. Or, les spécifications fournies par A_____SAS étaient particulièrement exigeantes, dans la mesure où une même poudre de lait devait être commercialisable sur plusieurs marchés différents et devait donc répondre à des exigences légales différentes, ce qui réduisait d'autant les marges de composition. Par ailleurs, certaines des matières premières reçues des fournisseurs sélectionnés par A_____SAS s'étaient révélées non-conformes aux spécifications de A_____SAS. S'agissant plus particulièrement de la présence d'E. Sakazakii, ce germe était très fréquent dans divers produits, même si tout était fait pour éviter sa présence; la directive européenne ne requérait son absence que pour les laits de premier âge, et non pour les laits de suite destinés aux bébés de plus de six mois.

A_____SAS n'avait jamais approuvé les résultats des tests transmis et ne lui en avait pas réglé le coût, compromettant de la sorte gravement leur exécution normale. Une équipe de quatorze personnes avait suivi le projet (achats, production, assurance de qualité, développement des produits, logistique, vente et direction) et seule une petite partie de son travail avait pu être facturée à A_____SAS, soit environ 70'000 fr. sur un coût total de 200'000 fr. à 260'000 fr.

B_____AG a contesté le dommage allégué, plus particulièrement le calcul du gain manqué. Elle a fait valoir que l'on ne pouvait lui reprocher de n'avoir pas livré de marchandise conforme aux spécifications, alors que la première phase du contrat avait précisément pour but de déterminer la faisabilité du projet. A_____SAS ne pouvait pas non plus invoquer un gain manqué, alors que la phase de commercialisation n'avait pas encore débuté.

B_____AG a par ailleurs formé une demande reconventionnelle en paiement de 32'027 euros avec intérêts à 5% dès le 28 septembre 2007 et de 6'477 euros plus intérêts à 5% dès le 12 décembre 2007, correspondant à des factures qu'elle avait adressées à A_____SAS les 28 septembre et 12 décembre 2007.

c. A_____SAS a conclu au rejet de la demande reconventionnelle, relevant que ces factures n'étaient pas détaillées et n'avaient pas fait l'objet d'un budget préalablement approuvé. Elle a pour le surplus invoqué son droit à la compensation.

d. Entendu en comparution personnelle, I_____, directeur juridique de A_____SAS, a indiqué qu'aucun des tests effectués n'avait donné des résultats conformes aux spécifications des produits annexées au contrat. Or, s'il pouvait arriver que quelques formules doivent être ajustées pendant la période des tests, il était tout à fait exceptionnel que sur les douze ou quatorze formules transmises à B_____AG, aucune n'ait été satisfaisante, ce d'autant plus que ces formules

avaient déjà été fabriquées par d'autres usines, sans que des problèmes similaires aient été rencontrés.

Selon lui, pour que les tests soient concluants, il aurait fallu que B_____AG fabrique environ trois à quatre tonnes de produit par formule, ce qui n'aurait pas requis plus d'une semaine si B_____AG avait choisi d'y mettre la capacité nécessaire. Au cours de l'année 2007, A_____SAS avait toutefois senti que B_____AG n'avait pas cette volonté et elle n'avait plus payé les factures des tests postérieurement à septembre 2007, ne souhaitant pas faire des essais "pour la gloire", alors que B_____AG reconnaissait elle-même qu'elle n'avait pas les capacités de production disponibles.

e. Les éléments pertinents suivants résultent des enquêtes diligentées par le Tribunal.

- F_____, "managing director" de B_____AG, a affirmé que l'échange d'informations entre les parties avait été réciproque, par exemple pour les prix pratiqués par les fournisseurs. A aucun moment, B_____AG n'avait utilisé des informations confidentielles pour développer ses propres produits. B_____AG n'avait jamais laissé tomber le projet la liant à A_____SAS pour un autre; elle avait d'ailleurs tout intérêt à ce qu'il aboutisse, afin d'augmenter les économies d'échelle au sein de l'usine. Le prix contractuellement prévu avec A_____SAS n'était pas suffisant si la production était limitée à dix boîtes par minutes, raison pour laquelle B_____AG s'était attelée à augmenter la vitesse de la chaîne de mise en boîte.
- G_____, directeur technique de A_____SAS, a indiqué que tous les produits faisant l'objet du contrat étaient des produits standards, qui étaient déjà à l'époque produits par d'autres fabricants, avec des spécifications similaires. Le fait de procéder à des tests avant de lancer la production faisait partie du processus usuel appliqué à tous les sous-traitants, et il n'était jamais arrivé qu'un sous-traitant ne soit pas en mesure de fabriquer un produit, même s'il pouvait arriver que dans un premier temps, un test échoue. Les tests n'auraient donc dû être que des formalités, de sorte qu'au départ, la tâche de l'équipe technique de A_____SAS consistait uniquement à s'assurer que B_____AG serait en mesure de livrer des produits conformes aux spécifications. Par la suite toutefois, cette équipe avait dû s'impliquer de plus en plus dans le projet, afin de tenter d'aider B_____AG à résoudre les problèmes qu'elle rencontrait. Dans ce cadre, elle avait dû transmettre des informations sur de multiples sujets (par exemple sur les fournisseurs, les prix des matières premières, les coûts des analyses, les coûts de stockage, etc.) et il y avait eu un réel transfert de savoir-faire.

A_____SAS avait des commandes fermes pour certains marchés, qu'elle avait prévu de livrer avec des produits fabriqués par B_____AG. Les problèmes rencontrés avec cette dernière avaient donc perturbé son mode de fonctionnement pendant toute l'année 2007, car elle avait dû rechercher, de manière précipitée et à des conditions tarifaires différentes de celles promises par B_____AG, des capacités supplémentaires auprès d'autres sous-traitants afin de pouvoir approvisionner les marchés.

Les capacités de production de B_____AG pour les années 2007-2008 étaient par ailleurs très inférieures à ce que A_____SAS souhaitait et au fur et à mesure que le temps passait, il était devenu de plus en plus difficile d'obtenir un "créneau" pour la production ne serait-ce que de quelques tonnes de produit pour procéder à des essais, B_____AG proposant à chaque fois des dates à plusieurs mois.

- Selon J_____, responsable du développement chez A_____SAS, B_____AG avait tout ce qu'il fallait comme matériel pour produire les laits en poudre selon les spécifications fournies; il manquait peut-être certaines compétences, sans que cela soit rédhibitoire, puisque les techniciens de A_____SAS étaient précisément là pour l'assister de leurs conseils. A son avis, il avait donc seulement manqué à B_____AG la volonté d'aller plus loin afin que les produits puissent correspondre pleinement aux spécifications que A_____SAS avait données. Du savoir-faire confidentiel avait été transmis à B_____AG.
- Le directeur de B_____AG, O_____, a affirmé que B_____AG avait la capacité de produire les 3'600 tonnes prévues par le contrat, mais qu'elle travaillait avec des "plages délimitées", certaines périodes étant consacrées à certains produits, les capacités des sites de production se remplissant par ailleurs au fur et à mesure que les commandes arrivaient.

La capacité totale de séchage de B_____AG à l'époque était de 40'000 tonnes pour chacun de ses deux sites, avec un potentiel d'augmentation de 30%; elle n'avait réservé à A_____SAS qu'une capacité de séchage totale de 1'000 tonnes car c'était la seule qui était disponible et qu'elle correspondait aux prévisions faites par les parties pour les trois premières années (600 tonnes la première année, 900 tonnes la seconde et 1'200 tonnes la troisième), la quantité de 3'600 tonnes ne devant être atteinte que vers la quatrième année. L'engagement de personnel supplémentaire pour constituer une quatrième équipe de production n'avait pas été concrétisé, dans la mesure où A_____SAS n'avait jamais passé de commandes. Toutefois, si une commande avait été passée, elle aurait pu être honorée, pour autant que les conditions prévues aux articles 4.2 et 4.3.3 du contrat aient été au préalable remplies.

Pour une gamme de produits telle que celle voulue par A_____SAS, il aurait de toute façon fallu compter une ou deux années pour la phase de développement et d'essais de production, avant de passer à la phase de fabrication.

A_____SAS n'avait jamais validé les essais avant commercialisation, car il y avait toujours eu des points de divergence entre les spécifications et les résultats des tests. Dans certains cas, ces divergences étaient mineures, de sorte qu'aux yeux de B_____AG, le produit était acceptable. Dans d'autres cas, les résultats des tests étaient insatisfaisants pour les deux parties. La présence d'E. Sakazakii n'avait pas été détectée par ses propres tests et si elle avait été mise en évidence par un laboratoire d'analyse, il s'agissait d'une question technique devant être discutée avec des spécialistes.

O_____ a imputé les difficultés rencontrées au fait que la directive européenne avait changé, mais que les délais transitoires étaient différents en France et en Suisse, de sorte que A_____SAS voulait profiter de ce délai jusqu'à fin 2010, alors qu'en Suisse, le délai arrivait à échéance à fin 2007.

L'augmentation du prix sollicitée était due au fait qu'une année avait passé depuis le début du projet et que B_____AG savait qu'elle allait devoir fournir des efforts supplémentaires par rapport à ce qui était envisagé au départ, ce qui augmentait ses coûts de production. Il n'était pas crédible que A_____SAS ait acheté des produits de remplacement auprès d'autres fabricants à des prix 30, 40 voire 50% supérieurs à ceux de B_____AG, les fabricants suisses pratiquant déjà des prix élevés.

Toutes les spécifications fournies par ses clients étaient confidentielles et B_____AG n'avait par conséquent utilisé aucun savoir-faire provenant de A_____SAS pour développer ses propres produits.

- P_____, directeur au sein de B_____AG en charge des gros clients du 1^{er} mai 2005 au 7 mai 2007, date pour laquelle il avait été licencié, a indiqué qu'au début de l'année 2007 la société n'avait pas la capacité de mettre en boîte 3'600 tonnes de lait infantile par année, mais uniquement une capacité de 1'700 tonnes par tournus de 8 heures, et qu'il ignorait comment son employeur comptait combler la différence. Cela constituait un sujet de discussion chez B_____AG. Le témoin a ajouté qu'il lui semblait, sans qu'il puisse en être sûr, que la capacité de mise en boîte au début 2007 était de vingt boîtes par minutes.

Selon lui, le coût de séchage fixé à euros 0,30/kg avait été réduit, afin d'attirer A_____SAS et B_____AG savait que la production allait se faire à perte.

Les ingénieurs de A_____SAS avaient "*coaché*" ceux de B_____AG et ils leur avaient fait des recommandations en vue de leur amélioration. Selon lui, F_____ avait dit que I_____ était un escroc et qu'il fallait récupérer le savoir-faire de A_____SAS. Ce savoir-faire avait été utilisé par B_____AG pour fabriquer ses propres produits, sans toutefois que le témoin puisse aller jusqu'à affirmer que les formules de A_____SAS avaient été utilisées.

- H_____, ingénieur chez B_____AG, a indiqué qu'il était usuel, lorsque des tests étaient pratiqués, de ne pas avoir des résultats totalement conformes à ce qui était souhaité sur tous les points. Il convenait dans ces cas de faire des adaptations et de procéder à un deuxième essai, toujours sur de petites quantités. Dans le cas présent, elle n'avait jamais approuvé les spécifications d'un produit, car elle ne le faisait qu'après la réussite des tests préalables et leurs adaptations éventuelles, le processus étant en l'occurrence demeuré inachevé.

Chez B_____AG, les tests étaient planifiés dans des fenêtres de temps précises, de sorte que lorsque le temps était trop court, il fallait attendre plusieurs mois pour qu'une nouvelle fenêtre permettant d'effectuer les tests s'ouvre à nouveau. La recette d'un produit avait une influence sur le nombre de boîtes qui pouvaient être produites chaque heure. La tour de séchage supplémentaire avait été faite en 2009.

B_____AG n'avait jamais fait usage des spécifications et des recettes reçues de A_____SAS en dehors du projet lui-même.

f. A l'issue de l'audience d'enquêtes du 19 juin 2012, l'avocat de B_____AG a sollicité la prorogation des enquêtes et le dépôt d'écritures sur faits nouveaux, afin de démontrer que les produits vendus par A_____SAS (achats de couverture) n'étaient pas les mêmes que ceux qu'elle avait demandé à B_____AG de produire. L'avocat de A_____SAS a pour sa part conclu à ce qu'une expertise soit ordonnée, afin de déterminer le dommage subi par sa cliente.

Par ordonnance du 3 décembre 2012, le Tribunal a rejeté la demande d'expertise, ne la jugeant pas nécessaire; l'ouverture d'une instruction sur faits nouveaux et l'audition de témoins supplémentaires ont également été refusées, au motif qu'elles n'étaient pas pertinentes pour la solution du litige.

En revanche, le Tribunal a imparti à A_____SAS un délai pour produire tous documents propres à établir le dommage allégué, au besoin caviardés dans la mesure utile à la défense de ses intérêts, ce qu'elle a fait.

g. Dans ses dernières écritures, A_____SAS, a confirmé ses prétentions, y compris ses conclusions préalables visant à ce que B_____AG produise les

documents relatifs aux laits infantiles qu'elle fabriquait et à la mise sur pied d'une expertise.

Selon elle, les parties avaient été liées non pas par un contrat de livraison d'ouvrage, mais par un contrat *sui generis*, la question demeurant par ailleurs théorique puisqu'elle se fondait sur l'art. 97 CO. L'entrepreneur ne devait pas accepter de travaux que lui-même ou ses auxiliaires n'étaient pas à même d'exécuter ni utiliser les secrets de fabrication ou d'affaires que le maître lui avait confiés. Or, B_____AG avait violé son engagement de fabriquer les produits énumérés par le contrat, selon les spécifications contenues à l'annexe B de celui-ci, en fonction des prévisions et des commandes de A_____SAS, puisqu'elle n'avait rien produit. Elle avait par ailleurs violé son obligation de fidélité en signant le contrat, alors qu'elle savait ne pas disposer des capacités de production nécessaires. Elle avait également violé l'art. 8.1 du contrat en garantissant avoir les équipements et les capacités nécessaires, ce qui n'était pas le cas, et en n'allouant pas à A_____SAS les capacités suffisantes, ce qui s'expliquait par le fait que le contrat n'était pas rentable pour elle, les prix convenus étant inférieurs aux coûts effectifs.

A_____SAS a contesté l'argument selon lequel le contrat aurait comporté deux phases. Selon elle, la phase de développement à laquelle se référait B_____AG était la période pendant laquelle les parties devaient procéder à un échange de savoir-faire selon les articles 3.1.2 et 3.1.3, lequel avait bel et bien eu lieu. Elle s'est par ailleurs prévalu du fait qu'en juillet 2007 le résultat des tests avait été jugé positif par B_____AG, pour considérer que c'était uniquement parce que cette dernière ne voulait pas lui allouer de la capacité sur ses lignes de production que le lait commandé n'avait pas été fabriqué.

Sur la question de l'absence de mise en demeure préalable, A_____SAS a soutenu que l'art. 366 al. 2 CO ne s'appliquait pas, en l'absence de contrat d'entreprise, et qu'en toute hypothèse son courrier du 15 novembre 2007 devait être compris comme une mise en demeure. Ces éléments étaient toutefois sans pertinence, puisque selon elle c'était B_____AG qui avait mis un terme au contrat - ce qu'elle-même avait accepté - en indiquant que ses lignes de production étaient complètes pour l'année 2008 et en refusant de ce fait de les mettre à disposition de A_____SAS. Cette résiliation du contrat d'un commun accord lui permettait de réclamer le paiement de dommages-intérêts positifs sur la base de l'art. 97 CO, de sorte qu'aucun avis préalable n'était nécessaire.

Quant à la demande reconventionnelle, elle était infondée, B_____AG ne lui ayant jamais soumis de budget pour approbation, préalablement aux tests effectués.

B_____AG a pour sa part conclu principalement au déboutement de A_____SAS et subsidiairement à ce qu'il soit constaté que le contrat du 22

novembre 2006 avait été valablement invalidé pour dol et à ce que l'instruction soit réouverte sur la question du dommage causé à B_____AG par la conclusion du contrat invalidé. En ce qui concerne cette dernière conclusion, B_____AG s'est prévalu du fait que A_____SAS avait faussement affirmé, lors de la négociation du contrat, que les prix de ses sous-traitants étaient équivalents à ceux qu'elle exigeait de B_____AG, ce dont elle-même n'avait eu connaissance qu'en mars 2013, avec la production par la défenderesse des contrats conclus avec les tiers.

Sur demande principale, B_____AG a maintenu que le contrat comportait deux phases, l'une de développement et l'autre de production. Les prévisions que lui avait communiquées A_____SAS le 23 avril 2007 ne pouvaient correspondre à une véritable intention de commande, alors même que sa cocontractante n'avait validé aucun des tests effectués. Dans cette mesure, la question de sa capacité de production demeurait théorique, puisqu'elle ne pouvait mettre à l'arrêt ses usines en attendant l'approbation de A_____SAS et devait donc utiliser sa capacité disponible pour d'autres clients. C'était d'ailleurs A_____SAS qui, en refusant de payer les frais des derniers tests en violation de ses obligations contractuelles, avait unilatéralement interrompu l'exécution du contrat, ce alors même que les derniers tests s'étaient déroulés avec succès.

B_____AG a contesté le dommage allégué par A_____SAS.

Dans tous les cas, la résiliation du contrat par A_____SAS n'avait pas été précédée d'une mise en demeure conforme à l'art. 107 CO, le courrier du 15 novembre 2007 étant à cet égard vague et ne permettant pas de savoir quelle obligation B_____AG n'aurait pas exécutée. Le courrier de B_____AG du 3 décembre 2007 ne pouvait pas non plus être interprété comme un refus de sa part de répondre aux demandes de sa cocontractante. Au surplus, A_____SAS avait attendu plus de deux ans avant de choisir l'option qui lui était la plus favorable et de lui faire part de ses prétentions, ce qui n'était pas admissible.

Les accusations de A_____SAS selon lesquelles elle aurait recherché une collaboration avec celle-ci dans le seul but de piller son savoir-faire et d'accroître sa compétitivité n'étaient pas établies.

La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience de plaidoiries du 10 septembre 2013.

- C. a.** Par jugement du 14 février 2014, reçu par les parties le 18 février 2014, le Tribunal, statuant sur demandes principale et reconventionnelle, a débouté les parties de toutes leurs conclusions et compensé les dépens.

Il a retenu que les parties étaient liées par un contrat d'entreprise. La question de savoir si un retard d'exécution pouvait être reproché à B_____AG pouvait être

laissée ouverte. En effet, A_____SAS n'avait pas adressé à B_____AG l'interpellation prévue par la loi pour la mettre en demeure de sorte que les droits découlant de la demeure du débiteur n'étaient pas ouverts à A_____SAS. Par lettre du 15 novembre 2007, A_____SAS s'était limitée à impartir à B_____AG un délai d'une semaine pour lui confirmer qu'elle entendait exécuter le contrat, sans mentionner les points précis sur lesquels elle estimait que le contrat demeurerait inexécuté, ce qui ne répondait pas aux exigences légales. Le délai de nonante jours prévu contractuellement n'avait en outre pas été respecté. A_____SAS devait par conséquent être déboutée des fins de sa demande dans la mesure où celle-ci visait à la réparation du gain manqué résultant de l'inexécution du contrat par B_____AG.

Les conclusions en indemnisation pour le gain manqué suite à l'exploitation induite par B_____AG du savoir-faire de A_____SAS devaient quant à elles être rejetées au motif qu'elles étaient libellées en francs suisses. En effet, A_____SAS, dont le siège se trouvait en France et qui ne livrait pas de produits sur le marché suisse, n'avait pas pu subir un dommage en francs suisses. La monnaie de paiement pour la réparation d'un dommage consécutif à un acte illicite étant celle du lieu où le dommage est effectivement survenu, A_____SAS devait être déboutée de ses conclusions formulées en francs suisses. En tout état de cause, au vu de la clause pénale prévue contractuellement pour le cas d'une violation de l'interdiction faite à B_____AG d'utiliser les informations confidentielles reçues de A_____SAS, seule une somme de 100'000 euros aurait été allouée à cette dernière.

Enfin, B_____AG devait être déboutée des fins de sa demande reconventionnelle car d'une part A_____SAS n'avait pas approuvé préalablement le budget relatif à ses factures et, d'autre part, celles-ci n'étaient pas suffisamment détaillées pour permettre de comprendre précisément les coûts qu'elles recouvraient.

La compensation des dépens se justifiait, en dépit du fait que la valeur litigieuse de la demande principale était beaucoup plus élevée que celle de la demande reconventionnelle et de ce que la réponse à la demande avait requis un travail important de la part de l'avocat de B_____AG. En effet, en reportant à plusieurs reprises les dates prévues pour des tests ou des réunions et en indiquant à A_____SAS que ses chaînes de productions étaient complètes pour 2008 vu l'absence de commandes de sa part, B_____AG avait contribué à la perte de confiance de A_____SAS et à l'introduction de la procédure.

b. Par acte déposé à la Cour de justice le 20 mars 2014, A_____SAS a formé appel de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation. A titre préalable, elle conclut à ce que la Cour, statuant à nouveau, ordonne à B_____AG de produire tous les documents liés à la fabrication et la vente de ses laits infantiles spécialisés et

ordonne une expertise visant à déterminer si les recettes de ces laits sont fondées sur le savoir-faire et les recettes transmises par A_____SAS.

Sur le fond, elle conclut à titre principal à ce que la Cour condamne B_____AG à lui payer 11'008'625 euros avec intérêts à 5% l'an dès le 16 novembre 2007 et 1'000'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2008, sous réserve d'amplification. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause au Tribunal, le tout avec suite de frais et dépens.

c. Le 30 mai 2014, soit dans le délai qui lui a été imparti pour ce faire par la Cour, B_____AG a déposé une écriture en réponse, concluant au déboutement de A_____SAS de toutes ses conclusions avec suite de frais et dépens. Elle a également formé un appel joint concluant à ce que la Cour condamne A_____SAS à lui payer 32'027 euros avec intérêts à 5% dès le 28 septembre 2007 et 6'477 euros avec intérêts à 5% dès le 12 décembre 2007, avec suite de frais et dépens.

d. Le 22 août 2014, A_____SAS a conclu au déboutement de B_____AG des fins de son appel joint.

e. Les parties ont encore déposé une réplique le 12 septembre et une duplique le 3 octobre 2014.

Elles ont été informées par avis du 6 octobre 2014 de ce que la cause était gardée à juger.

L'argumentation des parties devant la Cour sera reprise ci-après en tant que de besoin.

EN DROIT

1. **1.1** En application de l'art. 404 al. 1 CPC, les procédures en cours à l'entrée en vigueur du CPC le 1^{er} janvier 2011 sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance. Les recours sont par contre régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise (art. 405 al. 1 CPC).

En l'espèce, la procédure était en cours le 1^{er} janvier 2011 de sorte que le droit de procédure applicable en première instance est l'ancienne Loi de procédure civile genevoise (aLPC), laquelle régit la décision matérielle sur le recours (arrêt du Tribunal fédéral 5A_754/2011 du 2 juillet 2012 consid. 2 n.p. in ATF 138 III 520; ATF 138 I 1 c. 2.1). La voie de droit est quant à elle régie par le nouveau droit de procédure.

1.2 Selon l'art. 308 al. 1 let. a CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (al. 2).

Tel est le cas en l'espèce.

L'appel et l'appel joint ont été formés dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art. 130, 131, 142, 145, 308 al. 1 let. a, 311 al. 1, 313 al. 1 CPC). Ils sont ainsi recevables.

Par souci de simplification, A_____SAS sera désignée ci-après comme "l'appelante" et B_____AG comme "l'intimée".

La Cour revoit la cause avec un pouvoir de cognition complet (art. 55 al. 1, 58 al. 1 et 310 CPC).

- 2.** Selon l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer des preuves.

L'appelante conclut à ce que la Cour requière de l'intimée la production de pièces et ordonne une expertise judiciaire visant à établir que l'intimée a copié et exploité pour son compte ses recettes de lait infantile. Compte tenu des développements figurant sous ch. 5 ci-après, il n'y a pas lieu de faire droit à cette requête.

- 3.** L'appelante fait valoir que, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, les dispositions sur le contrat d'entreprise ne s'appliquent pas en l'espèce dès lors que les obligations contractuelles de B_____AG ne se limitaient pas à la livraison d'une seule commande, mais étaient au contraire définies pour une durée de 10 ans.

3.1 Conformément à l'art. 116 al. 1 LDIP, le contrat est régi par le droit choisi par les parties, soit en l'occurrence le droit suisse, à l'exclusion de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (RS 0.221.211.1), dont les parties ont expressément exclu l'application (art. 15.1 du *Manufacturing and Supply Agreement*).

Le contrat par lequel une des parties s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie s'engage à lui payer, est en principe un contrat d'entreprise (art. 363 CO).

La distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats, tels notamment la vente (art. 184 ss CO), est cependant parfois ténue. De manière générale, l'on admet que l'on est en présence d'un contrat d'entreprise lorsque la chose à produire a un caractère personnel marqué et qu'elle est spécialement créée pour les besoins de celui qui la commande, lequel peut, par ses instructions, en définir le caractère et les spécificités (TERCIER/FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 2009, n° 4243).

Du point de vue de l'entrepreneur, l'élément déterminant du contrat est l'exécution, respectivement la livraison de l'ouvrage. L'entrepreneur est redevable d'une prestation de travail qui doit produire un certain résultat, qu'il doit livrer au maître en exécution du contrat. Le contrat d'entreprise n'est ainsi pas un contrat de durée. Des contrats d'entreprise peuvent cependant se succéder sur une période de plusieurs années entre les mêmes parties sous la forme d'une série de contrats de livraisons d'ouvrages, par livraisons successives. Si cette circonstance est de nature à créer des rapports privilégiés entre les parties, elle n'a pas d'effet sur la qualification du contrat, à moins que l'intention de réaliser un but commun sous la forme par exemple d'une société simple ne soit établie (arrêt du Tribunal fédéral 4C.387/2001 du 10 septembre 2002 consid. 3.1).

3.2 En l'espèce, les parties sont entrées en relation parce que A_____SAS avait en vue de faire fabriquer par l'intimée du lait en poudre, selon les spécifications qu'elle devait lui fournir. Si ces relations contractuelles devaient s'inscrire dans la durée, la livraison de produits par B_____AG devait néanmoins faire chaque fois l'objet d'une commande, sa prestation s'épuisant dans l'exécution de cette commande.

Ces caractéristiques sont bien celles du contrat d'entreprise. Contrairement à ce que soutient l'appelante, le fait que les devoirs de l'intimée soient définis pour une durée de 10 ans, n'exclut pas en soi, conformément à la jurisprudence précitée, la qualification de contrat d'entreprise.

C'est par conséquent à juste titre que le Tribunal a considéré que les dispositions sur le contrat d'entreprise étaient applicables au contrat litigieux.

- 4.** L'appelante fait valoir que l'intimée a violé ses obligations contractuelles en n'allouant pas sa capacité de production aux produits "C_____" en 2008 et en ne fabriquant pas les produits convenus (appel, p. 27 et 28). Elle reproche au Tribunal d'avoir considéré qu'elle n'avait pas valablement interpellé l'intimée pour lui impartir un délai afin d'exécuter ses obligations; selon elle, une telle interpellation n'était pas nécessaire car il ressortait de l'attitude de l'intimée que cette mesure serait sans effet. En tout état de cause, son courrier du 15 novembre 2007 valait mise en demeure.

4.1 Lorsque le débiteur est en retard dans l'exécution, que ce soit volontairement ou involontairement, et que la prestation peut encore être effectuée, le créancier peut actionner le débiteur en exécution ou demander contre lui l'application de la contrainte ou de l'exécution forcée; il n'y a alors pas extinction automatique de l'obligation en souffrance, mais le créancier peut, pour des raisons pratiques, renoncer à l'exécution et réclamer des dommages-intérêts compensatoires aux conditions fixées par la loi (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 1997,

p. 682; THEVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, 2012, n° 5 ad art. 97 et n° 1 ad art. 102).

Ainsi, l'art. 366 al. 1 CO autorise le maître à se départir du contrat sans attendre le terme prévu pour la livraison lorsque l'entrepreneur ne commence pas l'ouvrage à temps, s'il en diffère l'exécution contrairement aux clauses de la convention, ou si, sans faute du maître, le retard est tel que, selon toute prévision, l'entrepreneur ne pourra plus l'achever pour l'époque fixée.

Il en va de même si l'entrepreneur se refuse absolument à fournir les moyens d'exécution de son obligation (CHAIX, Commentaire romand, n° 33 ad art. 364; CORBOZ, La responsabilité de l'entrepreneur, *in* FJS 459, n° 1c).

4.2 La demeure de l'entrepreneur dans la livraison de l'ouvrage et ses conséquences sont réglées par les dispositions générales des articles 102 à 109 CO (CHAIX, *op. cit.*, n° 3 ad art. 366; CORBOZ, *op.cit.*, n° 1a; GAUCH, *Der Werkvertrag*, 2011, n° 675 et 867; ATF 115 II 50).

Elle dépend de la réalisation de trois conditions: l'obligation doit être exigible, elle doit ne pas avoir été exécutée et son exécution doit encore être possible, et, sauf cas spéciaux, le débiteur doit avoir été interpellé par le créancier (ENGEL, *op. cit.*, p. 684).

Le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al.1 CO). Lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (art. 102 al. 2 CO).

La seule exigibilité de la créance ne suffit pas. La demeure suppose l'interpellation du débiteur par le créancier (art. 102 al. 1 CO) ou un fait équivalent (art. 102 al. 2 CO). La loi entend ainsi épargner au débiteur un traitement trop rigoureux, lorsqu'il ignore l'époque de l'exécution ou que cette époque est indéterminée. L'interpellation est la déclaration expresse ou par acte concluant, adressée par le créancier au débiteur pour lui faire comprendre qu'il réclame l'exécution de la prestation due. Le débiteur doit pouvoir comprendre que le retard sera désormais considéré comme une violation de son obligation. L'interpellation doit être claire et univoque. Le créancier doit en principe désigner l'obligation dont il réclame l'exécution; le débiteur tenu de plusieurs prestations doit pouvoir clairement comprendre laquelle (ou lesquelles) est exigée de lui (THEVENOZ, *op. cit.*, n°^{os} 16 et 17 ad art. 102 CO).

Lorsque, dans un contrat bilatéral, l'une des parties est en demeure, l'autre peut lui fixer ou lui faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable pour s'exécuter (art. 107 al. 1 CO). Si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration de

ce délai, le droit de la demander et d'actionner en dommages-intérêts pour cause de retard peut toujours être exercé; cependant, le créancier qui en fait la déclaration immédiate peut renoncer à ce droit et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat (art. 107 al. 2 CO).

Ce délai peut intervenir en même temps que l'interpellation (THEVENOZ, op. cit., n^{os} 11 et 19 ad art. 107 CO; ATF 103 II 102). La fixation d'un délai n'est pas nécessaire notamment lorsqu'il ressort de l'attitude du débiteur que cette mesure serait sans effet (art. 108 ch. 1 CO).

4.3 Selon l'art. 8 CC chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

4.4 En l'espèce, l'appelante a choisi de ne pas se départir du contrat au sens de l'art. 366 al. 1 CO ou conformément à l'art. 12.2 du contrat, puisqu'elle a réclamé des dommages-intérêts positifs pour cause d'inexécution, en application de l'art. 107 al. 2 CO.

La demeure au sens de cette dernière disposition implique, comme cela ressort des principes susmentionnés, l'existence d'une obligation exigible, une interpellation, et la fixation d'un délai convenable, délai auquel il peut être renoncé aux conditions prévues par l'art. 108 CO.

Il convient par conséquent d'examiner en premier lieu la question de savoir si l'intimée était débitrice d'une obligation exigible le 15 novembre 2007, date à laquelle l'appelante lui a envoyé le courrier la mettant en demeure de lui confirmer qu'elle allait exécuter ses obligations.

L'appelante fait tout d'abord grief à l'intimée d'avoir violé son obligation de fabriquer et livrer les produits prévus par le *Manufacturing and Supply Agreement*.

A cet égard, le Tribunal a retenu qu'aucune date n'avait été fixée par les parties pour le début de la production du lait infantile; le seul délai contractuel prévu, de 60 jours dès la commande, était en effet inapplicable à défaut de commande concrète de la part de l'appelante.

L'appelante, tenue à une obligation de motiver son appel, n'explique pas en quoi ce raisonnement serait erroné et ne démontre pas à quelle date l'obligation de l'intimée de fabriquer et de livrer du lait infantile est devenue exigible, alors que cette preuve lui incombait en application de l'art. 8 CC. A cet égard, la Cour constate, à l'instar du Tribunal, qu'aucune date fixe pour le début de la production des produits ne ressort du dossier, la phase de développement n'ayant pas été achevée avec succès.

L'appelante relève en outre - de manière quelque peu contradictoire - que "l'obligation principale du *Manufacturing and Supply Agreement* n'était pas la livraison d'un ouvrage, mais la mise à disposition d'un outil de production avec une capacité de production minimale garantie" (appel p. 26).

Cette interprétation ne ressort nullement du texte du contrat qui prévoit qu'il a pour objet de régir "la fabrication et la fourniture des produits par B_____AG à A_____SAS", conformément au cahier des charges (art. 2.1 du contrat).

Par conséquent, dans la mesure où l'appelante n'a pas démontré que l'intimée était débitrice d'une obligation exigible en novembre 2007, la première condition de la demeure de B_____AG n'est pas réalisée.

A cela s'ajoute que le courrier de l'appelante du 15 novembre 2007 ne satisfait pas aux exigences légales relatives à l'interpellation. En effet, sa formulation n'est pas claire puisque l'appelante ne précise pas la prestation exacte dont elle réclame l'exécution. Ce courrier ne saurait dès lors valoir interpellation valable au sens de l'art. 102 al. 1 CO.

Tel n'est pas le cas non plus de la mise en œuvre par l'appelante, le 26 novembre 2007, de la procédure de médiation prévue par le contrat, ce d'autant plus que l'on ignore tout des discussions qui ont eu lieu entre les parties dans ce cadre.

Par ailleurs, l'appelante n'allègue pas qu'une interpellation était inutile au motif que le jour de l'exécution avait été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier au sens de l'art. 102 al. 2 CO.

Dans ces conditions, l'art. 108 ch. 1 CO, dont se prévaut l'appelante, ne trouve pas application en l'espèce puisque cette disposition suppose que le débiteur soit en demeure. Il n'est par conséquent pas nécessaire d'examiner si ses conditions d'application sont réalisées.

Compte tenu de ce qui précède, c'est à bon droit que le Tribunal a considéré que l'appelante ne pouvait se prévaloir des possibilités offertes par l'art. 107 al. 2 CO. Elle n'a dès lors pas droit aux dommages-intérêts positifs qu'elle réclame.

5. L'appelante reproche en outre au Tribunal d'avoir rejeté ses prétentions fondées sur la LCD au motif qu'elles étaient libellées en francs suisses. Elle fait valoir, que, dans la mesure où elle a également pris des conclusions en euros, le Tribunal aurait dû "répartir différemment les divers postes du dommage". Elle ajoute que l'art. 84 CO n'est pas applicable à une prétention fondée sur la LCD et précise, pour la première fois en appel, que ses prétentions portent sur la remise du gain réalisé par B_____AG.

5.1 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).

5.2 L'art. 84 al. 1 CO prévoit que le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en moyens de paiement ayant cours légal dans la monnaie due.

La monnaie de paiement pour la réparation d'un dommage consécutif à un acte illicite est celle du lieu où le dommage est effectivement survenu (SCHRANER, Zürcher Kommentar, 2000, n° 182 ad art. 84 CO).

Seul le débiteur bénéficie de la faculté alternative consistant à acquitter une dette exprimée en monnaie étrangère en monnaie du lieu du paiement (art. 84 al. 2 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4C.399/1996 consid. 9 a du 17 juillet 1997, in SJ 1998, p. 205; 4C.191/2004 du 7 septembre 2004, consid. 6). Titulaire d'une créance due en monnaie étrangère, le créancier doit donc demander que le débiteur soit condamné à lui payer la somme en monnaie étrangère (ATF 134 III 151 consid. 2.4; LEU, Basler Kommentar, 2007, n° 10 ad art. 84). Le juge n'est quant à lui pas habilité à condamner le débiteur à payer un montant en francs suisses alors que la dette est due en monnaie étrangère, la demande devant être rejetée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_206/2010 du 15 décembre 2010, consid. 4.2, SJ 2011 p. 155; PICHONNAZ, Le point sur la partie générale du droit des obligations, in RSJ 105/2009 187; LOERTSCHER, Commentaire romand, 2012, n° 17 ad art. 84 CO).

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a encore rappelé que, selon la jurisprudence relative à l'art. 84 CO, le dispositif d'une décision par laquelle le juge reconnaît une prétention en argent ne peut être libellé que dans la monnaie effectivement due au créancier (ATF 134 III 151 consid. 2.4 précité). Il a souligné qu'il était indiscutable que la monnaie effectivement due, à supposer que la prétention soit établie, était un élément de première importance dans les contestations portant sur des sommes d'argent, et qu'un changement de monnaie, dans le libellé des conclusions, était donc une modification de l'objet de l'action. Des conclusions articulées en francs suisses pour la première fois devant le Tribunal fédéral étaient ainsi nouvelles au regard de l'art. 99 al. 2 LTF et partant irrecevables (arrêt 4A_514/2013 du 25 avril 2014 consid. 4).

L'article 84 CO s'applique à toutes les dettes d'argent, que le fondement de la dette soit contractuel ou extracontractuel (ATF 137 II 158 consid. 3.1).

5.3 L'art. 154 aLPC concrétise l'interdiction pour le juge de statuer "ultra petita". Selon les articles 7 et 132 aLPC les conclusions prises par les parties délimitent, sous réserve d'une règle contraire de droit fédéral, la mission du juge. Celui-ci ne peut s'en écarter. Il n'est toutefois pas tenu de reproduire strictement dans le dispositif les termes d'un chef de conclusions des parties et peut, sans dénaturer les prétentions d'une partie, interpréter les conclusions qui lui ont été soumises et par là même préciser l'objet du débat lorsque celui-ci a été maladroitement exprimé (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la Loi de procédure civile genevoise, ad art. 154, n. 10).

Le tribunal est lié par l'objet et le montant des conclusions qui lui sont soumises, en particulier lorsque l'intéressé qualifie ou limite ses prétentions dans les conclusions elles-mêmes (arrêt du Tribunal fédéral 4A_220/2007 du 21 septembre 2007 consid. 7.2 et les arrêts cités). Il a ainsi été jugé qu'un tribunal, saisi d'une demande tendant à l'invalidation d'un contrat, assortie d'une conclusion en remboursement des montants versés en exécution de celui-ci, ne pouvait pas, après avoir rejeté cette demande et cette conclusion, allouer à la partie demanderesse des dommages-intérêts liés au maintien du contrat, en l'absence de conclusions en paiement indépendantes ou subsidiaires ad hoc (arrêts du Tribunal fédéral 4P.273/1991 du 30 avril 1992 consid. 2b et c; 4A_464/2009 du 15 février 2010 consid. 4.1).

Lorsqu'une demande tend à l'allocation de divers postes d'un dommage reposant sur la même cause, le tribunal n'est lié que par le montant total réclamé. Il peut donc - dans des limites à fixer de cas en cas, sur le vu des différentes prétentions formulées par le demandeur - allouer davantage pour un des éléments du dommage et moins pour un autre (ATF 119 II 396 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_924/2013 du 20 mai 2014 consid. 8.2). Cette possibilité suppose que plusieurs postes du dommage en lien étroit soient réclamés sur la base d'un même fondement (HURNI, Berner Kommentar ZPO I, ad art. 58 n° 30; STAEBLIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2013, p. 137-138).

5.4 En l'espèce, il ressort des conclusions soumises par l'appelante au Tribunal qu'elle sollicitait le montant de 1'000'000 fr. à titre de dommage subi du fait de l'exploitation par B_____AG de ses propres recettes, exploitation qu'elle estimait contraire aux articles 2 et 5 let. a LCD (demande, p. 31 à 33; conclusions après enquêtes, p. 45 à 47).

L'appelante fait valoir pour la première fois en appel que ce montant serait dû non à titre de perte de gain subie par elle-même mais à titre de remise du gain réalisé par B_____AG selon les dispositions sur la gestion d'affaires au sens de l'art. 9 al. 3 LCD.

Elle n'établit cependant pas que cette prétention nouvelle répondrait aux exigences posées par l'art. 317 al. 1 CPC de sorte que celle-ci est irrecevable.

L'appelante ne conteste pas, à juste titre, le raisonnement du Tribunal selon lequel la demande formulée en francs suisses visant à la réparation d'un dommage subi en euros, doit être rejetée en application de l'art. 84 CO et de la jurisprudence y relative. Elle fait cependant valoir que, dans la mesure où elle avait également pris des conclusions en euros, le Tribunal aurait dû "répartir différemment les divers postes du dommage, à savoir le gain manqué découlant de la violation du *Manufacturing and Supply Agreement* et le dommage subi du fait de la concurrence déloyale".

Ce faisant, elle perd de vue qu'en application des articles 7 et 132 aLPC le juge est lié par les conclusions des parties. La possibilité pour le Tribunal d'allouer davantage pour l'un des éléments d'un dommage et moins pour un autre est réservée au cas où les différents postes concernés reposent sur la même cause.

Or tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque les conclusions formulées en euros par l'appelante concernaient le gain manqué qu'elle alléguait avoir subi du fait de l'inexécution par l'intimée de son obligation de produire du lait infantile à teneur du *Manufacturing and Supply Agreement* et les conclusions formulées en francs suisses le gain manqué en relation avec ses allégations de violation par B_____AG des dispositions de la LCD. Ces conclusions avaient par conséquent un objet différent et le Tribunal ne pouvait pas d'office s'en écarter.

Enfin, contrairement à ce qu'affirme l'appelante, l'article 84 CO est également applicable à une prétention fondée sur la LCD. Du fait du renvoi de l'art. 9 al. 3 LCD, les actions en dommages-intérêts et remise du gain sont en effet régies par les dispositions du CO. En outre, comme cela ressort de l'ATF 137 III 158 précité, l'art. 84 CO s'applique à toutes les dettes d'argent, quel que soit leur fondement.

Le Tribunal était ainsi fondé à débouter l'appelante de ses conclusions en paiement relatives à des violations par l'intimée de la LCD.

5.5 Compte tenu de ce qui précède, les mesures probatoires (production de documents et expertise portant sur la composition des laits infantiles produits par l'intimée) requises par l'appelante, qui visent à établir ses allégations selon lesquelles l'intimée aurait violé les dispositions de la LCD, sont inutiles et ne seront par conséquent pas ordonnées.

5.6 Au vu des considérants qui précèdent, l'appel principal doit être rejeté.

- 6.** L'intimée relève dans son appel joint que c'est à tort que le Tribunal l'a déboutée de ses prétentions en paiement de trois factures, à savoir deux factures datées du

28 septembre 2007 en 31'753,10 euros ("Dienstleistung/ Trialcosts April 2007") et 273,90 euros ("Freight costs for 5 pal./ delivery 09.06.06") et une datée du 12 décembre 2007 en 6'477 euros ("Dienstleistung"). Elle fait valoir que ces frais étaient à charge de A_____SAS sans que cela ne soit subordonné à la réussite du projet.

L'art. 3.1.4 du contrat prévoit à cet égard que les services fournis par B_____AG durant la phase de test et de développement seront payés par A_____SAS selon leur coût réel, étant précisé que A_____SAS devait préalablement approuver le budget correspondant aux tests. Le contrat ne contient par contre aucune disposition spécifique relative aux coûts de transport.

Lors de la réunion du 29 juin 2007, il a été convenu que, pour la seconde série d'essais, les factures relatives au coût des essais devaient être divisées par moitié entre les parties, étant précisé que les coûts de développement ne devaient pas être inclus dans ces factures.

En ce qui concerne les deux factures de prestations de services, l'intimée ne produit pas de budget approuvé par A_____SAS, de sorte que c'est à juste titre que le Tribunal l'a déboutée de ses prétentions à cet égard. B_____AG n'a pas droit non plus au remboursement de la facture de frais de transport pour la livraison du 9 juin 2006, car d'une part cette date est antérieure à la conclusion du contrat du 26 novembre 2006 et, d'autre part, ce contrat ne prévoit rien concernant la prise en charge des frais de transport.

Le jugement querellé doit par conséquent être confirmé sur ce point également.

7. Enfin, l'intimée critique la compensation des dépens effectuée par le Tribunal, relevant que la valeur litigieuse de la demande principale était considérablement plus élevée que celle de la demande reconventionnelle et que l'instruction de cette demande a nécessité un travail plus important que l'instruction de celle de la demande reconventionnelle.

7.1 L'art. 176 al. 1 aLPC prévoit que les dépens sont mis à charge de la partie qui succombe. Cependant, la partie qui a obtenu gain de cause peut être condamnée à une partie des dépens, si elle a provoqué des frais inutiles ou si ses conclusions sont exagérées (art. 176 al. 2 aLPC).

Il est également des situations où la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée en tous les dépens lorsque, par son attitude, elle a inutilement provoqué l'intentat de l'action soit, en d'autres termes, lorsqu'elle a adopté un comportement ou omis fautivement d'adopter un comportement qui aurait été de nature à éviter que l'action ne soit introduite (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n° 7 ad art. 176 LPC).

Si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs, le juge décide si elles doivent se rembourser leurs dépens et, dans l'affirmative, dans quelle proportion (art. 178 aLPC).

Cette disposition vise également le cas de la demande reconventionnelle. Dans cette hypothèse, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la répartition des dépens et il en fera application en choisissant la solution la plus équitable eu égard à l'issue de la cause. Il tiendra compte en particulier des frais exposés pour l'instruction des différents postes du litige. La liberté ainsi reconnue au juge lui permet notamment de compenser les dépens si l'équité l'exige (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n° 1 ad art. 178 LPC).

7.2 Le Tribunal a justifié la compensation des dépens par le fait que l'attitude de l'intimée à la fin des relations contractuelles n'était pas exempte de tout reproche; en reportant à plusieurs reprises des dates prévues pour des tests ou des réunions et en indiquant à sa cocontractante que ses chaînes de production étaient complètes pour 2008, vu l'absence de commandes de sa part, elle avait contribué à la perte de confiance de la demanderesse et à l'introduction de la procédure.

Ces considérations sont conformes aux critères posés par les articles 176 et 178 aLPC, étant rappelé que le juge dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. Contrairement à ce que relève l'intimée dans son appel joint, il n'est pas établi que les retards pris dans l'exécution des tests aient été imputables à A_____SAS, ni que sa demande ait été "particulièrement abusive". Le fait que A_____SAS ait attendu un certain temps avant d'engager la procédure n'est pas non plus un élément pertinent. L'on relèvera par ailleurs que la compensation des dépens implique que l'émolument d'introduction de la demande principale, en 96'003 fr., soit un montant beaucoup plus élevé que l'émolument relatif à la demande reconventionnelle en 3'400 fr., reste exclusivement à charge de A_____SAS de sorte que c'est à tort que l'intimée soutient que la répartition des dépens décidée par le premier juge ne tient pas compte des différences de valeur litigieuse.

8. En définitive, le jugement querellé devra être intégralement confirmé.
9. Selon l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante (al. 1).

L'art. 106 al. 2 CPC précise que lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause. Cette règle vaut, mutatis mutandis, en cas d'appel joint (TAPPY, Code de procédure civile commenté, 2011, n° 23 ad art. 106 CPC).

Compte tenu du fait que les parties succombent toutes deux dans leurs appels respectifs, les frais relatifs à ceux-ci seront laissés à charge de chacune des appelantes.

Les frais judiciaires de l'appel principal seront arrêtés à 15'000 fr. (art 17 et 35 RTFMC), compensés avec l'avance en 23'000 fr. versée par A_____SAS qui reste acquise à l'Etat de Genève à concurrence de 15'000 fr. (art. 111 al. 1 CPC), le solde étant restitué à l'appelante.

Les frais judiciaires de l'appel joint seront quant à eux arrêtés à 3'400 fr. (art 17 et 35 RTFMC), entièrement compensés avec l'avance versée par B_____AG qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Un montant de 15'000 fr. débours et TVA compris sera alloué à titre de dépens à l'intimée dans le cadre de l'appel principal, montant calculé en fonction de la valeur litigieuse de l'appel de 14'276'100 fr., réduit en application de l'art. 23 LaCC pour tenir compte du travail effectif de l'avocat (art. 85 et 90 RTFMC).

Les dépens alloués à A_____SAS pour l'appel joint seront quant à eux fixés à 5'000 fr., débours et TVA compris, au vu de la valeur litigieuse de 46'434 fr. de l'appel joint (art. 85 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevables l'appel interjeté par A_____SAS et l'appel joint formé par B_____AG contre le jugement JTPI/2410/2014 rendu le 14 février 2014 par le Tribunal de première instance dans la cause C/27257/2009-16.

Au fond :

Confirme le jugement précité.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête à 15'000 fr. les frais judiciaires de l'appel et les laisse à charge de A_____SAS.

Dit qu'ils sont compensés à hauteur de 15'000 fr. avec l'avance versée par cette dernière, laquelle reste acquise à l'État de Genève.

Ordonne la restitution à A_____SAS du solde de l'avance de frais en 8'000 fr.

Condamne A_____SAS à verser à B_____AG 15'000 fr. au titre des dépens d'appel.

Arrête à 3'400 fr. les frais judiciaires de l'appel joint et les laisse à charge de B_____AG.

Dit qu'ils sont entièrement compensés avec l'avance versée par cette dernière, laquelle reste acquise à l'État de Genève.

Condamne B_____AG à verser à A_____SAS 5'000 fr. au titre des dépens d'appel joint.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Madame Sylvie DROIN et Madame Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ, 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.