

II^e COUR D'APPEL

A2 2002-85

24 mars 2003

La Cour, vu le recours interjeté le 15 juillet 2002 par

la **SOCIETE SUISSE DE RADIODIFFUSION ET TELEVISION (SSR)**, à Berne, par sa succursale, la **Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) - Télévision Suisse Romande (TSR)**, à Genève, requérante et recourante, représentée par Mes _____,

contre l'ordonnance rendue le 3 juin 2002 par le Juge délégué de la II^e Cour d'appel du Tribunal cantonal rejetant la requête de mesures provisionnelles déposée le 21 janvier 2002 à l'encontre de

METROPOLE TELEVISION, à 92200 Neuilly-sur-Seine, intimée, représentée par Me _____,

vu le dossier de la cause d'où il ressort ce qui suit :

A.- Par mémoire du 21 janvier 2002, complété le même jour, la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR), à Berne, par sa succursale, la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) - Télévision suisse romande (TSR), invoquant les dispositions relatives à la protection du droit d'auteur et contre la concurrence déloyale, a requis du président de la Cour d'appel des mesures provisionnelles à ordonner avec suite de frais et dépens selon les conclusions qui ont reçu en dernier lieu la teneur suivante :

- I. Il est fait défense à l'intimée Métropole Télévision, sous la menace, signifiée à ses organes, des peines d'arrêts ou d'amende énoncées à l'art. 292 du Code pénal suisse, réprimant l'insoumission à une décision de l'autorité,

- principalement

de représenter, transmettre, diffuser, ou faire diffuser ou retransmettre en Suisse, notamment par satellite ou par câble, des films ou des séries télévisées produits par des sociétés de production américaines telles que, notamment, Twentieth Century Fox, sans être autorisée à faire de tels actes sur le territoire suisse par les titulaires des droits d'auteur sur ces films ou séries, lors de la reprise de ses programmes vers la Suisse au moyen d'un signal à l'usage de réseaux câblés opérant en Suisse incluant des messages publicitaires destinés au marché suisse et distincts de ceux figurant dans son programme diffusé en France

- subsidiairement

de diffuser un programme contenant des films ou des séries télévisées produits par des sociétés de production américaines telles que, notamment, Twentieth Century Fox, spécifiquement à l'intention du public suisse de langue française, notamment par l'insertion dans ce programme de publicité destinée au public suisse, ou de faire diffuser un tel programme spécifiquement destiné au public suisse de langue française, notamment par l'insertion dans ce programme de publicités destinées au public suisse, par l'émission d'un signal destiné à être repris par des câblo-opérateurs en Suisse, sans être autorisée à faire de tels actes sur le territoire suisse par les titulaires des droits d'auteur sur ces films ou séries.

- II. Il est fait défense à l'intimée Métropole Télévision, sous la menace, signifiée à ses organes, des peines d'arrêts ou d'amende énoncées à l'art. 292 du Code pénal suisse, réprimant l'insoumission à une décision de l'autorité,

- principalement

de représenter, transmettre, diffuser, ou faire diffuser ou retransmettre en Suisse, notamment par satellite ou par câble, les séries télévisées intitulées «X-Files», «Charmed», «Largo Winch», «Les Anges du bonheur», «Malcolm» et «Stargate», en tout ou en partie, sans être autorisée à faire de tels actes sur le territoire suisse par les titulaires des droits d'auteur sur ces séries, lors de la reprise de ses

programmes vers la Suisse au moyen d'un signal à l'usage de réseaux câblés opérant en Suisse incluant des messages publicitaires destinés au marché suisse et distincts de ceux figurant dans son programme diffusé en France

- subsidiairement

de diffuser un programme contenant les séries télévisées intitulées «X-Files», «Charmed», «Largo Winch», «Les Anges du bonheur», «Malcolm» et «Stargate», en tout ou en partie, spécifiquement à l'intention du public suisse de langue française, notamment par l'insertion dans ce programme de publicité destinée au public suisse, ou de faire diffuser un tel programme spécifiquement destiné au public suisse de langue française, notamment par l'insertion dans ce programme de publicité destinée au public suisse, par l'émission d'un signal destiné à être repris par des câblo-opérateurs en Suisse, sans être autorisée à faire de tels actes sur le territoire suisse par les titulaires des droits d'auteur sur ces films ou séries."

A l'appui de ses conclusions, la SSR faisait valoir en résumé ce qui suit :

Alors que jusqu'ici les opérateurs de réseaux câblés qui captaient les programmes TV de Métropole Télévision ne faisaient que retransmettre le programme diffusé simultanément en France, ils ont maintenant la possibilité de capter et diffuser un second programme de Métropole Télévision qui est destiné à la Suisse romande et qui est identique au programme français à l'exception des fenêtres publicitaires, spécifiques au marché suisse. Métropole Télévision procédera donc à deux diffusions bien distinctes, en utilisant du reste un satellite différent pour chaque programme. Or, pour les productions dans lesquelles sont insérées les fenêtres publicitaires, que diffuse Métropole Télévision et qui ne sont pas les siennes propres, Métropole Télévision n'est au bénéfice que d'une autorisation donnée par les titulaires de droits uniquement pour la diffusion sur le territoire français, alors que de son côté la TSR jouit d'une exclusivité pour le territoire suisse concernant les séries "X-Files", "Charmed", "Largo Winch", "Les Anges du bonheur", "Malcolm" et "Stargate" pour lesquelles Métropole Télévision bénéficie d'une autorisation valable pour la France. Si, par l'effet de l'art. 22 de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (ci-après LDA) ou de l'admissibilité du simple spill-over, il faut bien accepter en Suisse romande l'arrivée du programme ordinaire de Métropole Télévision, il n'en va plus de même en ce qui concerne le nouveau programme, puisqu'il s'agit-là d'une autre diffusion, avec un signal distinct passant même par un autre satellite. Cette diffusion n'est pas couverte par l'art. 22 LDA et l'overspill; dès lors, Métropole Télévision outrepassé les droits qu'elle a acquis et viole l'exclusivité acquise par la TSR. Simultanément, elle pratique une concurrence déloyale dans la mesure où, pour augmenter ses recettes publicitaires, elle effectue une autre diffusion d'œuvres sans rien payer pour cela, attirant ainsi des annonceurs au détriment de la TSR par des tarifs qui ne prennent pas en compte l'amortissement des droits payés pour la diffusion des œuvres concernées.

Par mémoire du 21 janvier 2002, la SSR avait requis des mesures provisionnelles urgentes, rejetées par ordonnance du juge délégué de la Cour d'appel, du 22 janvier 2002.

B.- Métropole Télévision s'est déterminée par mémoire du 9 avril 2002. Elle a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

A la forme

Déclarer irrecevable la requête de mesures provisionnelles du 21 janvier 2002 de la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR).

Au fond

Préalablement

Constater que la requérante n'a pas de légitimation active pour faire valoir une violation par l'intimée des droits d'auteur dont elle n'est pas titulaire et qu'elle n'a pas l'autorisation d'invoquer en sa qualité de preneur de licence.

Principalement

Débouter la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) de toutes ses conclusions.

Subsidiairement, si la Cour devait ordonner des mesures provisionnelles

Condamner la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) à verser en main du tribunal la somme de CHF 5'000'000.-- (cinq millions de francs suisses) à titre de sûretés.

En résumé, elle a fait valoir ce qui suit :

Métropole Télévision a passé le 2 octobre 2001 une convention avec le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), autorité étatique française compétente en matière de concession comme l'est en Suisse l'Office fédéral de la communication (OFCOM), qui autorise en bonne et due forme la reprise intégrale et simultanée du service M6 sous réserve de la diffusion de messages publicitaires spécifiques au marché suisse. Depuis le 15 janvier 2002, elle émet, depuis la France, son service avec publicité "suisse" conforme aux normes suisses en matière de publicité. Le programme diffusé est scrupuleusement le même que celui qui est diffusé – tout à fait simultanément – avec la publicité "française" et qui est reçu en Suisse romande depuis plusieurs années grâce à l'overspill. Ce faisant, elle ne pratique rien d'autre que ce qui se fait depuis bon nombre d'années par RTL Plus vers la Suisse alémanique sans avoir dû subir une quelconque action judiciaire et qui a au contraire donné lieu à une admission de la chose par l'OFCOM pour autant que le diffuseur étranger y soit autorisé par l'Etat dont il dépend et qu'il respecte les règles suisses en matière de publicité. Métropole Télévision conteste la légitimation active de la requérante pour prétendre à la protection des droits d'auteur, dont elle n'est pas titulaire et pour lesquelles elle n'a pas reçu d'autorisation d'agir en justice. Elle fait aussi valoir que les conditions ordinaires pour la prise de mesures provisionnelles ne sont pas données.

C.- La requérante a déposé un mémoire complémentaire le 17 avril 2002. Les parties ont comparu à l'audience du 18 avril 2002. Le Directeur général et le Secrétaire général de la requérante y ont été interrogés. Celle-ci a par ailleurs annoncé la production d'un contrat non encore déposé. Les mandataires des parties ont ensuite plaidé la cause et déposé leurs notes de plaidoiries. La requérante a produit le contrat annoncé le 22 avril 2002. Les parties ont déposé des observations les 3 et 17 mai 2002.

Par arrêt du 3 juin 2002, le juge des mesures provisionnelles a rejeté la requête, frais et dépens à la charge de la requérante.

D.- Cet arrêt a été notifié à la requérante le 3 juillet 2002 et à l'intimée le 4 juillet 2002. Par mémoire remis à la poste le lundi 15 juillet 2002, la SSR a appelé de cet arrêt. Elle a repris les conclusions relatives au début du présent arrêt, précisant en son chiffre 2 que les titulaires des droits d'auteur sur ses films ou séries sont Twentieth Century Fox International Television, Inc. pour « X-Files » et « Malcolm », WVI Films B.V. pour « Charmed », Editions Dupuis SA pour « Largo Winch », CBS Broadcast International, CBS Broadcasting Inc. pour « Les Anges du bonheur », et M6 Droits Audiovisuels SA pour « Stargate ».

Métropole Télévision a répondu le 7 août 2002. Elle a conclu à ce qu'il soit préalablement constaté que la recourante n'a pas de légitimation active pour faire valoir une violation par l'intimée des droits d'auteur dont elle n'est pas titulaire et qu'elle n'a pas qualité d'invoquer en tant que preneur de licence. Pour le reste, elle a conclu principalement au rejet du recours et à la confirmation du jugement attaqué, subsidiairement, si la Cour devait admettre le recours et ordonner des mesures provisionnelles, à ce que la recourante soit astreinte à verser en mains du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg la somme de 5'000'000 de francs suisses à titre de sûretés, le tout avec suite de frais et dépens.

Le 24 septembre 2002, les parties ont été citées à comparaître à l'audience du 12 novembre 2002 avec pour objet la clôture de la procédure probatoire et les plaidoiries. Il a été précisé que la présence des parties n'était pas obligatoire. Le 4 octobre 2002, la TSR a requis qu'il soit ordonné à Métropole Télévision de produire tous les contrats actuellement en vigueur qu'elle a conclus avec les ayants droits des séries suivantes :

1. Contrats 20th CENTURY FOX :
 - X-FILES ("Aux Frontières du Réel"), saisons 8 + 9
 - ALLY McBEAL, saisons 4 + 5
 - MALCOLM
2. Contrat COLUMBIA :
 - EARLY EDITION ("Demain à la Une"), saison 4
3. Contrats PARAMOUNT :
 - CHARMED, saison 5
 - SEX AND THE CITY, saison 5

4. Contrat WARNER :
 - SMALLVILLE, saison 1

5. Contrat MARATHON :
 - ODYSSEES, saison 1."

Le 31 octobre 2002, la SSR a déposé une détermination complémentaire et modifié ses conclusions en complétant le chiffre II de ses propres conclusions du 15 juillet 2002 comme suit :

"II. Les mesures provisionnelles suivantes sont ordonnées :

1. Il est fait défense à l'intimée Métropole Télévision, sous la menace, signifiée à ses organes, des peines d'arrêts ou d'amende énoncées à l'art. 292 du Code pénal suisse, réprimant l'insoumission à une décision de l'autorité,

- principalement

de représenter, transmettre, diffuser, ou faire diffuser ou retransmettre en Suisse, notamment par satellite ou par câble, des films ou des séries télévisées produits par des sociétés de production américaines telles que, notamment, Twentieth Century Fox, sans être autorisée à faire de tels actes sur le territoire suisse par les titulaires des droits d'auteur sur ces films ou séries, lors de la reprise de ses programmes vers la Suisse au moyen d'un signal à l'usage de réseaux câblés opérant en Suisse incluant des messages publicitaires destinés au marché suisse et distincts de ceux figurant dans son programme diffusé en France,

- subsidiairement

de diffuser un programme contenant des films ou des séries télévisées produits par des sociétés de production américaines telles que, notamment, Twentieth Century Fox, spécifiquement à l'intention du public suisse de langue française, notamment par l'insertion dans ce programme de publicités destinées au public suisse, ou de faire diffuser un tel programme spécifiquement destiné au public suisse de langue française, notamment par l'insertion dans ce programme de publicités destinés au public suisse, par l'émission d'un signal destiné à être repris par des câblo-opérateurs en Suisse, sans être autorisée à faire de tels actes sur le territoire suisse par les titulaires des droits d'auteur sur ces films ou séries.

2. Il est fait défense à l'intimée Métropole Télévision, sous la menace, signifiée à ses organes, des peines d'arrêts ou d'amende énoncées à l'art. 292 du Code pénal suisse, réprimant l'insoumission à une décision de l'autorité,

- principalement

de représenter, transmettre, diffuser, ou faire diffuser ou retransmettre en Suisse, notamment par satellite ou par câble, les séries télévisées intitulées «X-Files», «Charmed», «Largo Winch», «Les Anges du bonheur», «Malcolm» et «Stargate», «Ally McBeal», «Early Edition» («Demain à la Une»), «Sex and the City», «Smallville», et «Odysees», en tout ou en partie, sans être autorisée à faire de tels actes sur le territoire suisse par les titulaires des droits d'auteur sur ces séries (soit Twentieth Century Fox International Television, Inc. pour «X-Files», «Malcolm» et «Ally Mc Beal», WVI Films B.V. pour «Charmed», Editions Dupuis SA pour «Largo Winch», CBS Broadcast International, CBS Broadcasting Inc. pour «Les Anges du bonheur», M6 Droits Audiovisuels SA pour «Stargate», Sony Pictures Entertainment Inc. [Columbia] pour «Early Edition» / «Demain à la Une», Paramount Pictures Corporation pour «Sex and the City», AB Droits Audiovisuels [Warner Bros.] pour «Smallville», et Marathon International pour «Odysees») lors de la reprise de ses programmes vers la Suisse incluant des messages publicitaires destinés au marché suisse et distincts de ceux figurant dans son programme diffusé en France,

- subsidiairement

de diffuser un programme contenant les séries télévisées intitulées «X-Files», «Charmed», «Largo Winch», «Les Anges du bonheur», «Malcolm», «Ally McBeal», «Early Edition» («Demain à la Une»), «Sex and the City», «Smallville», et «Odysees», en tout ou en partie, spécifiquement à l'intention du public suisse de langue française, notamment par l'insertion dans ce programme de publicités destinées au public suisse, ou de faire diffuser un tel programme spécifiquement destiné au public suisse de langue française, notamment par l'insertion dans ce programme de publicités destinées au public suisse, par l'émission d'un signal destiné à être repris par des câblo-opérateurs en Suisse, sans y être autorisée par les titulaires des droits d'auteur sur ces films ou séries (soit Twentieth Century Fox International Television, Inc. pour X-Files», «Malcolm» et «Ally McBeal», WVI Films B.V. pour «Charmed», Editions Dupuis SA pour «Largo Winch», CBS Broadcast International, CBS Broadcasting Inc. pour «Les Anges du bonheur», M6 Droits Audiovisuels SA pour «Stargate», Sony Pictures Entertainment Inc. [Columbia] pour «Early Edition» / «Demain à la Une», Paramount Pictures Corporation pour «Sex and the City», AB Droits Audiovisuels [Warner Bros.] pour «Smallville», et Marathon International pour «Odysees»).

La recourante s'est en outre déterminée de son propre chef sur certains allégués de l'intimée, précisant que tous les allégués de celle-ci étaient contestés.

Le 31 octobre 2002, Métropole Télévision a conclu au rejet de la requête de production de pièces déposée le 4 octobre 2002 par la recourante. Le 4 novembre 2002, elle a requis le report au 14 janvier 2003 de la séance assignée sur le 12 novembre 2002 et la fixation d'un délai au 10 décembre 2002 pour dupliquer sur la détermination complémentaire de la recourante, du 31 octobre 2002.

Le 6 novembre 2002, la SSR a demandé le maintien de l'audience du 12 novembre 2002, subsidiairement son report à une autre date des deux prochaines semaines.

La Cour d'appel a maintenu la séance du 12 novembre 2002. Elle a rejeté la requête de la recourante tendant à l'audition de deux représentants de la TSR. La procédure probatoire a été close et les mandataires des parties ont plaidé la cause et déposé des notes de plaidoiries.

c o n s i d é r a n t :

1.- La II^e Cour d'appel du Tribunal cantonal est compétente pour connaître du recours (art. 376 al. 2 CPC, art. 149 al. 2 LOJ et art. 1b al. 2 du Règlement du Tribunal cantonal, du 13 décembre 1982, sur son organisation interne et la manière de rendre ses décisions).

2.- Le recours remis à la poste le lundi 15 juillet 2002 contre l'arrêt du juge des mesures provisionnelles du 3 juin 2002, notifié à la recourante le 3 juillet 2002, a été déposé dans le délai de dix jours prévu à l'art. 376 al. 2 CPC. Il est recevable.

3.- La recourante a requis la production de pièces par l'intimée le 4 octobre 2002 et a déposé un mémoire intitulé "Détermination complémentaire" le 31 octobre 2002. Dans ce mémoire, elle allègue que, depuis le dépôt de la requête de mesures provisionnelles, elle a acquis les droits exclusifs pour la Suisse de séries supplémentaires et adapte ses conclusions (ch. 2) par le rajout des nouvelles séries concernées. Elle se détermine aussi sur certains allégués de l'intimée, précisant que tous les allégués de celle-ci sont contestés. Elle produit de nouvelles pièces à l'appui de ses allégués.

Se pose la question de la recevabilité de ces actes en procédure de recours.

a) Les mesures provisionnelles rendues par le président ou le juge délégué sont susceptibles d'un recours à la Cour d'appel (art. 376 al. 1 CPC; Extraits 1962, p. 105, 106 s.).

Selon la recourante, les règles du recours en appel ne s'appliquent pas au "recours" prévu à l'art. 376 CPC. En particulier, l'art. 299a CPC, qui régit la production de nouveaux moyens d'attaque et de défense et la modification des écritures par référence aux art. 130 et 131 CPC, ne s'appliquerait pas (Notes de plaidoiries déposées à l'audience du 12 novembre 2002 par Me _____, p. 1 à 5).

Le Code de procédure civile ne se prononce pas sur la nature du recours de l'art. 376 CPC et la jurisprudence est muette à ce sujet. Les travaux préparatoires ne fournissent pas d'éléments pour résoudre cette question. Il en résulte simplement que le projet de Code de procédure civile accompagnant le Message du Conseil d'Etat, du 9 octobre 1951, prévoyait, en plus du recours au tribunal contre l'ordonnance rendue par le président (art. 371 du projet; art. 376 CPC), un appel contre l'ordonnance rendue par le président ou par le tribunal à son audience dans les causes appelables (art. 372 du projet). Le motif en était que les mesures provisionnelles peuvent influencer si gravement sur la situation des parties que l'ordonnance rendue à ce sujet par un magistrat ou un tribunal inférieur doit pouvoir être généralement revue par une juridiction supérieure (Message, p. 75). C'est cet appel qui n'a pas été retenu en matière de mesures provisionnelles, ce qui ne donne pas d'indication sur la nature du recours prévu à l'art. 376 CPC.

L'appel ordinaire est, en procédure civile fribourgeoise, la voie de recours générale et subsidiaire. Il a effet suspensif et est dévolutif d'instance. C'est une voie de réforme, qui permet la production de nova à certaines conditions (cf. sur les voies de recours en général et sur l'appel en particulier, F. HOHL, Procédure civile, p. II, Berne 2002, p. 251 ss nos 2898 ss, p. 274 s. nos 3047 ss, et p. 279 nos 3092 ss). C'est donc la voie de recours la plus large par définition. Toute l'argumentation de la recourante, prise de la systématique de la loi ou de l'utilisation dans le texte allemand - qui est une traduction - du terme "Beschwerde" (qui signifie aussi recours : ainsi l'ancien "Kassationsbeschwerde"), tombe dès lors à faux. L'inégalité de traitement invoquée par la recourante n'existe pas non plus. En appel, le délai de réponse est un délai légal, car l'intimée a la possibilité dans ce même délai de former un appel joint. Il serait inéquitable que le délai pour appeler d'un jugement - à titre principal ou incident - fût différent pour l'une et l'autre partie. En revanche, le délai pour répondre à l'appel joint, comme le délai pour répondre à l'ancien recours civil, sont des délais fixés par le juge (art. 297 al. 3 CPC et art. 319, dernier alinéa aCPC), qui peuvent être prolongés.

La recourante relève avec raison que, par renvoi de l'art. 370 CPC, ce sont les règles de la procédure sommaire qui s'appliquent aux mesures provisionnelles, sous réserve de dérogations prévues par la loi. Mais elle se méprend en estimant que l'instruction de la procédure de recours de l'art. 376 CPC est régie par l'art. 364 al. 3 CPC à teneur duquel le juge procède d'office aux constatations de fait nécessaires, même hors la présence des parties. Cette disposition ne s'applique qu'à l'instruction de la requête, non à la procédure de recours. Ce sont au contraire les règles des art. 299a al. 2 et 301 al. 5 CPC qui précisent la cognition de la Cour et le mode de procéder en procédure sommaire de recours.

En définitive, le recours de l'art. 376 CPC ne suspend pas l'exécution du jugement, sauf s'il en est ainsi ordonné par le magistrat qui préside l'autorité de recours (art. 378 CPC). Pour le reste, il n'est pas précisé que la cognition en fait de l'autorité de recours serait limitée à l'arbitraire. Il n'y a donc pas lieu de limiter la cognition de la Cour à cet égard. Mais, comme il est de règle dans les procédures spéciales avec décision provisoire, notamment en matière de mesures provisionnelles, la cognition du juge est limitée à la (simple) vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (F. HOHL, p. 224, no 2753).

Il est vrai que la procédure de mesures provisionnelles telle qu'elle est régie par le Code de procédure civile (cf. art. 370 ss CPC : brièveté des motifs et des délais, présentation

de vive voix de la requête à l'audience) n'est peut-être pas adaptée pour répondre à l'évolution récente qui fait de cette procédure, notamment en matière de propriété intellectuelle, une sorte de mini-procès préalable, employée pour clarifier les rapports de fait et de droit entre les parties et permettre ainsi une meilleure appréciation des chances de succès de l'action au fond (F. HOHL, p. 231, no 2789). Une chose est toutefois certaine : la procédure de recours est soumise à des délais. En dehors de ces délais, il n'est pas admissible de saisir l'autorité de motifs ou de moyens complémentaires, sauf si cette possibilité est réservée par la loi. Il n'y aurait plus de raison de soumettre la recevabilité des procédures de recours au respect des délais impartis pour recourir, si les parties pouvaient à tout moment compléter à leur gré leurs moyens d'attaque et de défense. A défaut d'une règle topique pour la procédure de mesures provisionnelles, il est judicieux - dans l'intérêt des plaideurs - de se référer aux règles de la procédure d'appel (art. 299a al. 3 CPC) pour trancher la question des nova. Dans la procédure de recours, de nouveaux moyens d'attaque et de défense peuvent être articulés s'ils ne pouvaient l'être auparavant et si le retard est excusable.

b) aa) La recourante n'invoque pas un retard excusable. Il y a donc lieu d'examiner uniquement si les nouveaux moyens, éventuellement les modifications des conclusions qui en résultent, ne pouvaient être allégués auparavant.

bb) L'adaptation des conclusions (art. 299a al. 3 et 131 al. 1 CPC) pour tenir compte des séries supplémentaires pour lesquelles la recourante a acquis des droits exclusifs pour la Suisse pourrait en soi être admise, mais seulement pour les acquisitions postérieures au dépôt du recours le 15 juillet 2002. Or, aucune nouvelle acquisition postérieure à cette date n'est documentée par pièces. Les nouvelles conclusions ne sont pas étayées. Elles doivent par conséquent être rejetées.

La détermination déposée de son propre chef par la recourante sur certains allégués de l'intimée (Détermination complémentaire du 31 octobre 2002, p. 4 à 18) ne saurait être admise. Un échange ultérieur d'écritures n'a lieu qu'exceptionnellement en appel (art. 297 al. 4 CPC) et uniquement si la Cour en décide ainsi. Un tel échange ne se justifie pas dans une procédure de mesures provisionnelles où la cognition du juge est limitée à la vraisemblance du fait et à un examen sommaire du droit. Le caractère provisoire des mesures provisionnelles ne l'impose pas non plus. Partant, la détermination complémentaire que la recourante a déposée de son propre chef doit être écartée du dossier.

cc) La requête de production de pièces de la recourante, du 4 octobre 2002, est tardive. La recourante soutient qu'elle avait demandé, au moins implicitement, que l'intimée produise les contrats qui la lient aux ayant droit des séries litigieuses, ce que l'intimée n'a pas fait, tout en invoquant ces contrats, selon la recourante, pour contrer ses propres arguments (p. 2).

La question de savoir si la recourante a demandé implicitement la production de ces contrats peut rester indéterminée. Elle ne s'est pas opposée à la clôture (implicite) de la procédure en première instance (cf. sur ce point Extraits 1970, p. 3, 5), ni surtout n'a tenté de renouveler sa requête dans son recours. Celle du 4 octobre 2002 - manifestement tardive - doit par conséquent être déclarée irrecevable.

dd) L'irrecevabilité des actes produits en procédure après l'expiration du délai de recours scelle le sort de la requête de la recourante tendant à l'audition de deux représentants de la TSR que la Cour a rejetée en séance du 12 novembre 2002.

4.- a) Le juge délégué a laissé indécise la question de la légitimation active de la recourante pour invoquer la protection du droit d'auteur sur la base des contrats de licence et de cession dont elle bénéficie ("... point n'est besoin de trancher cette question en l'espèce", décision sur mesures provisionnelles p. 7 consid. 4). Mais il a donné une indication plutôt négative - au stade des mesures provisionnelles - pour le bénéficiaire d'une licence, en se fondant pour cela sur le dernier examen détaillé du problème en doctrine (Reto M. HILTY, Lizenzvertragsrechts, Bern 2001, p. 774 ss). Il a en revanche considéré la légitimation de la recourante comme vraisemblable pour les deux contrats où la TSR serait au bénéfice d'une cession de droits, et non plus d'une simple licence, la vraisemblance de l'intérêt à leur requête faisant toutefois défaut dans cette éventualité (loc. cit.).

b) Pour la recourante, sa légitimation active n'est pas discutable sous l'angle du droit d'auteur pour les deux contrats de "cession" de droit de télévision (recours II / 6.1 p. 8 et 9). Quant à sa légitimation active comme licencié exclusif, elle se réfère à la tendance générale, consacrée par le législateur (loi fédérale sur la protection des designs, du 5 octobre 2001, RS 232.12, ci-après : loi sur les designs ou LDes; cf. aussi pour le droit des brevets et des marques l'AP de révision de la loi sur les brevets d'invention), de reconnaître la légitimation active du licencié exclusif, ainsi qu'à l'arrêt du Tribunal fédéral publié aux ATF 113 II 190 (cité par BARRELET / EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur, 2^{ème} édition, Berne 2000, n. 2 ad art. 62; Recours II / 6.2 p. 9 et 10).

c) La cognition du juge est limitée à la vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (cf. dessus consid. 3a). La recourante a le fardeau de la preuve de sa légitimation active.

aa) S'agissant des contrats de licence, la recourante estime que le Tribunal fédéral a fait un premier pas vers l'admission de la légitimation active du licencié exclusif (ATF 113 II 190, 194). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral constate d'abord que la doctrine n'est pas unanime sur la qualité pour agir du preneur de licence, en droit d'auteur et dans les autres domaines de la propriété intellectuelle. Selon la doctrine dominante, mais contestée, la loi ne reconnaît pas au preneur de licence la qualité pour agir. Se fondant sur l'interprétation du contrat de licence en cause, le Tribunal fédéral considère toutefois que le preneur de licence ne s'est pas seulement obligé à poursuivre toute imitation, mais que tous les droits nécessaires pour se défendre contre des imitations par des tiers lui ont été transférés ("... alle notwendigen Befugnisse übertragen wurden..."). Comme preneur de licence, il s'est ainsi retrouvé quant aux droits qui lui ont été transférés dans la position de l'auteur, avec la possibilité de se prévaloir dans cette mesure d'un droit d'action propre.

Le Tribunal fédéral a ainsi défini le contenu du contrat de licence qui était soumis à son examen. Mais il serait erroné de conclure par un raccourci qu'il a reconnu au preneur de licence comme tel la légitimation active (HILTY, p. 780 s.). Les auteurs Barrelet et Egloff ne sont

apparemment pas d'un autre avis puisqu'ils relèvent que le Tribunal fédéral pose comme condition supplémentaire à la reconnaissance de la qualité pour agir du preneur de licence que le contrat autorise celui-ci à ester en justice ou, à tout le moins, qu'une telle autorisation découle du sens et du but résultant d'une disposition particulière du contrat.

L'octroi d'une licence exclusive et le droit d'agir en justice en protection des droits d'auteur doivent être traités séparément. Il est dans l'intérêt de l'auteur donneur de licence de conserver le choix d'agir ou non en justice pour la protection de ses droits, sous réserve d'une réglementation contractuelle contraire (HILTY, p. 777; M. M. Pedrazzini, *Patent- und Lizenzvertragsrechts*, Berne, 1987, p. 137). Il est exact que la nouvelle loi sur les designs prévoit à son article 35 al. 4 la règle inverse, savoir que les preneurs de licence exclusive peuvent en principe agir, pour autant que le contrat de licence ne l'exclue pas explicitement. Une telle règle ne saurait toutefois être introduite par voie jurisprudentielle - qui plus est dans une procédure où le pouvoir de cognition du juge est limité à un examen sommaire du droit - dans le domaine voisin du droit d'auteur sans porter préjudice à la sécurité du droit. En effet, le donneur de licence doit connaître au moment du contrat les effets de la licence exclusive pour être en mesure le cas échéant d'exclure explicitement le transfert de la qualité pour agir. S'agissant des contrats de licence exclusive, la légitimation active de la recourante lui fait donc défaut.

bb) Bien qu'il n'ait pas tranché la question, le premier juge s'est prononcé en faveur de la vraisemblance de la légitimation active pour les contrats dits de cession. L'intimée le conteste (réponse au recours p. 11 à 20).

La recourante a expressément écrit dans sa requête de mesures provisionnelles qu'elle n'était en principe pas titulaire des droits d'auteur sur les œuvres qui sont en cause. Cet allégué ne saurait être considéré comme un aveu judiciaire, mais il est significatif de ce que la recourante, par delà l'usage du terme "cession" dans les contrats avec Dupuis (P. de la requérante no 5.5) et M6 DA (P. no 5.8), n'a jamais eu à l'esprit qu'elle avait passé un contrat de cession avec transfert - fût-ce partiel - des droits.

L'autorisation de diffuser deux ou trois fois les épisodes de chaque série, la durée limitée dans le temps de l'autorisation de diffuser (cf. sur ce point, F. DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, p. 614 no 994), comme aussi le but des contrats qui est d'autoriser - avec ou sans exclusivité - la diffusion de séries télévisées, plaident en faveur de contrats de licence d'exploitation. Cette conception est conforme à celle des droits français et belge qui connaissent tous deux la règle d'interprétation stricte des conventions relatives au droit d'auteur (L. 122-7 Code de propriété intellectuelle français et art. 3 par. 1 LDA belge, analogues à l'art. 16 al. 2 LDA; cf. sur ce point, F. DESSEMONTET, p. 591, no 944; sur l'ensemble de la question en droit français, Marie-Eugénie LAPORTE, *Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle*, in *La Semaine Juridique I Doctrine* (1991) p. 371 ss, nos 24, 25, 28, 30). A cela s'ajoute que la recourante n'a pas tenté de rendre vraisemblable que ses cocontractants étaient eux-mêmes titulaires de tout ou partie des droits d'auteur comme tels (cf. réponse au recours p. 12 à 15).

Dans ces conditions, au terme d'un examen du droit qui doit rester sommaire, il faut constater que la recourante n'a pas justifié de sa légitimation active sous l'angle du droit d'auteur.

5.- La qualité de la recourante pour demander la protection de la loi contre la concurrence déloyale n'est pas contestée et peut être considérée comme acquise.

6.- La recourante soutient que la violation de la législation sur le droit d'auteur crée une distorsion de concurrence qui porte directement atteinte à sa position économique, ce qui constitue un acte de concurrence déloyale (recours p. 16 ss, notamment p. 21 ss).

a) Chacun s'accorde à reconnaître que la diffusion par satellite du programme M6 provoque un débordement techniquement inévitable (spill-over ou overspill) des signaux hors des frontières du pays d'émission. Ce débordement a pour conséquence que les câblo-opérateurs suisses peuvent capter (c'est aussi le cas des téléspectateurs disposant d'une antenne parabolique) et retransmettre le programme de M6. C'est ainsi que les téléspectateurs suisses ont accès depuis une quinzaine d'années aux programmes diffusés par l'intimé. Aussi longtemps que la diffusion en Suisse des programmes de l'intimée, dont les séries litigieuses, résultait uniquement d'un phénomène techniquement inévitable, la recourante a dû s'en accommoder et s'en est accommodée. Ce qu'elle conteste en revanche, c'est le droit de l'intimée de tirer profit de ce débordement techniquement inévitable pour placer des fenêtres publicitaires destinées spécifiquement au public suisse, ce qui implique l'émission d'un deuxième signal, distinct du premier, constitutif selon la recourante d'une deuxième diffusion, même si elle est faite simultanément à la première (recours p. 10 ss ch. 7).

Pour l'intimée, il faut distinguer entre, d'une part, le programme M6 proprement dit, dont les séries font partie et dont il n'existe qu'une seule et même version (identité du programme et simultanéité de diffusion) et, d'autre part, les fenêtres publicitaires dont il existe une version française et une version suisse. La diffusion des fenêtres publicitaires ne peut constituer une violation du droit d'auteur que la SSR prétend avoir sur les séries. L'objectif avéré de s'adresser au public suisse, sans l'accord exprès des auteurs, ne viole pas les droits de ceux-ci, étant rappelé que la diffusion des séries, soit de l'ensemble du programme proprement dit, est intégrale et identique quant au contenu, au mode de diffusion par satellite et à l'étendue géographique (réponse p. 27 ss, en particulier 35 et 36).

b) La recourante peut en soi faire valoir, sous l'angle de la concurrence déloyale, la violation des droits d'auteur de tiers (HILTY, op. cit., p. 803). La condition préalable est l'existence ou à tout le moins la vraisemblance d'une telle violation. Pour en juger, il faut se placer dans la position de l'auteur légitimé à défendre ses droits.

aa) Il est constant que le programme télévisuel comme tel - donc à l'exception des décrochages publicitaires - est celui de M6, et qu'il est transmis simultanément aux mêmes téléspectateurs du secteur géographique arrosé compte tenu du débordement techniquement inévitable. Sur ce dernier point, la recourante n'a pas rendu vraisemblable l'extension du secteur géographique concerné par le signal incluant les fenêtres publicitaires destinées au marché suisse. L'identité du programme, la simultanéité de diffusion et l'identité du débordement sur la Suisse propre à la diffusion par satellite et par voie de conséquence des téléspectateurs potentiels sont des éléments avérés. La recourante soutient toutefois, sans être

contredite par l'intimée, que le deuxième signal émis par Métropole Télévision (via Eutelsat) contient à la fois les publicités et les films et séries, motif pris que techniquement le nouveau signal ne peut pas être limité aux seules publicités. L'intimée admet, dans sa réponse à la requête (p. 50), qu'elle diffuse son programme M6 "d'origine", incluant des fenêtres publicitaires destinées au marché français, par voie hertzienne et par voie satellite au public en général et qu'elle diffuse en intégralité sans modification et simultanément son programme M6 incluant des fenêtres publicitaires destinées au marché suisse. Ce faisant, l'intimée ne se contente plus de bénéficier, passivement en quelque sorte, de l'effet de débordement techniquement inévitable, mais s'est désormais employée activement à émettre un nouveau signal, contenant à la fois le programme de M6 - rigoureusement identique - et les fenêtres publicitaires spécifiques destinées au marché suisse. Le comportement actif de l'intimée consistant dans l'émission d'un nouveau signal, dont un élément spécifique (la publicité) est destiné au public suisse, s'apparente pour le moins à une diffusion distincte de la diffusion "d'origine". L'intimée y a procédé sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, en violation de l'art. 10 al. 2 let. d LDA.

bb) La recourante est au bénéfice d'une licence exclusive d'exploitation sur certaines séries. Sa licence est dévalorisée par la diffusion concurrente - sans autorisation des auteurs - de ces mêmes séries, avec fenêtres publicitaires destinées au public suisse, effectuée par l'intimée. Elle a ainsi rendu vraisemblables sa légitimation et son intérêt à agir en cessation et en prévention du trouble sous l'angle de la loi contre la concurrence déloyale (HILTY, op cit. p. 802 s.; L. DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, T. I / 2, Bâle 1998, p. 60 s.).

7.- Le but des mesures provisionnelles est d'écarter un dommage difficile à réparer (art. 14 LCD et 28c al. 1 CC).

Le Tribunal fédéral (ATF 108 II 228, JdT 1983 I 373) relève qu'il n'y a pas d'opinion unanime en doctrine et en jurisprudence sur le point de savoir si et à quelles conditions un simple dommage financier constitue un "dommage difficilement réparable". Il admet que les gains manqués susceptibles d'être réclamés dans une action en dommages-intérêts ne constituent pas un dommage difficilement réparable au sens de la loi. Doctrine et jurisprudence admettent en général qu'il y a dommage difficilement réparable lorsque la solvabilité de la partie adverse est douteuse. Des auteurs inclinent aussi à l'admettre lorsque la preuve du dommage menaçant n'est pas aisée à rapporter (G. LEUCH / O. MARBACH / F. KELLERHALS / M. STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5^e éd. Berne 2000, n. 8b ad art. 326; FRANK / STRÄULI / MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, n. 17 ad § 110), ainsi lorsque le demandeur risque de perdre une partie de sa clientèle ou de voir d'une manière ou d'une autre sa position économique affaiblie (V. PELET, Mesures provisionnelles : droit fédéral ou cantonal ?, Lausanne 1987, p. 69 ss, 71; Tribunal cantonal du canton de Fribourg *in* Revue suisse de la propriété intellectuelle / RSPI 1991, p. 134ss, 136). Selon le Tribunal fédéral, le juge doit se montrer d'autant plus exigeant quant à l'impossibilité de réparer le dommage lorsque la requête de mesures provisionnelles ne vise pas seulement à maintenir l'état de fait existant, mais tend à obtenir l'exécution provisoire d'un droit litigieux sur le sort duquel le juge civil devra plus tard se prononcer en procédure ordinaire (cf. L. DAVID, op. cit. p. 179, qui se réfère aussi à cette jurisprudence; LEUCH / MARBACH / KELLERHALS / STERCHI, loc. cit.).

En l'espèce, la recourante n'est exposée qu'à un simple dommage financier. Elle n'a pas la qualité pour demander la protection de la loi sur le droit d'auteur et ne peut donc prétendre subir à cet égard nécessairement un préjudice qui n'est pas appréciable et réparable en argent (cf. recours p. 27 ch. 14.4). A noter que l'auteur lui-même n'est pas non plus dans tous les cas menacé d'un tel préjudice, en particulier lorsque, comme en l'espèce, l'intégrité de l'œuvre n'est pas en cause (art. 11 LDA). La recourante n'est exposée qu'à une baisse de ses recettes publicitaires, soit un préjudice pécuniaire réparable au fond sans difficultés majeures. Elle n'a pas rendu vraisemblable la menace d'une perturbation du marché de la publicité de la télévision en Suisse - sur lequel elle occupe une position solide et où les acteurs sont au demeurant peu nombreux - et pas davantage le risque d'une perte de "parts de marché". A cela s'ajoute que la condition d'un dommage difficile à réparer doit être admise plus restrictivement lorsque les mesures provisionnelles tendent à obtenir l'exécution provisoire d'une obligation de s'abstenir sur le sort de laquelle le juge civil devra se prononcer ultérieurement en procédure ordinaire. La solvabilité de l'intimée n'apparaît pas douteuse. Le risque qu'une éventuelle créance en dommages-intérêts de la partie instante ne puisse pas être aisément recouvrée à l'issue du procès au fond n'est donc pas vraisemblable.

On peut ajouter que la recourante, qui a requis des mesures provisionnelles et des mesures provisionnelles urgentes il y a plus d'un an, n'a pas ouvert action au fond jusqu'à ce jour. La raison pourrait en être que la présente procédure a été utilisée, non pas pour prévenir un dommage (pécuniaire) difficilement réparable, mais pour tenter de clarifier - dans une sorte de mini-procès préalable - les rapports de fait et de droit entre les parties et permettre ainsi une meilleure appréciation des chances de succès de l'action au fond (ci-dessus, consid. 3a avant dernier §, et la référence à F. HOHL), ou favoriser l'ouverture de pourparlers en disposant d'une décision de justice, même si la cognition du juge est limitée à la vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit. L'importance des écritures, les avis de droits recueillis de part et d'autre par les parties, les mémoires complémentaires accompagnés de nombreuses pièces, les délais forcément beaucoup plus longs que dans une vraie procédure de mesures provisionnelles, tout cela tend à démontrer que les parties ont recherché à obtenir autre chose - ce n'est pas une critique - qu'une protection provisoire du juge de nature à prévenir un dommage difficilement réparable.

A défaut d'un tel dommage, la requête de mesures provisionnelles doit être rejetée par substitution de motifs.

8.- En l'absence de litispendance, le sort des dépens ne peut être réservé pour être fixé avec celui de l'action au fond. Le recours doit certes être rejeté, de même que la requête de mesures provisionnelles. La qualité pour agir en protection du droit d'auteur a elle aussi été déniée à la recourante. En revanche, sa thèse a été retenue sur un point décisif, savoir sur le fait que l'émission d'un nouveau signal contenant à la fois le programme M6 - rigoureusement identique - et les fenêtres publicitaires spécifiques destinées au public suisse a été considéré comme une deuxième diffusion distincte, opérée sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, en violation de l'art. 10 al. 2 let. d LDA. Le recours et la requête sont finalement rejetés parce que la condition d'un dommage difficilement réparable n'a, sous l'angle de la vraisemblance, pas été retenue. Sur le vu de l'ensemble du dossier et des questions qui ont été tranchées, il

apparaît justifié, pour la procédure de mesures provisionnelles et de recours, en application de l'art. 111 al. 3 CPC, de mettre par moitié les frais judiciaires à la charge de chaque partie et de laisser à chacune d'elles ses frais d'avocat(s).

arrête :

- I. Le recours est partiellement admis. Partant, l'arrêt attaqué est modifié. Il a désormais la teneur suivante :
 1. La requête de mesures provisionnelles déposée le 21 janvier 2002 par la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR), à Berne, par sa succursale, la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) - Télévision suisse romande (TSR), à 1205 Genève, Quai Ernest-Ansermet 20, à l'encontre de Métropole Télévision, avenue Charles-de-Gaulle 89, F - 92200 Neuilly-sur-Seine, est rejetée.
 2. Chaque partie garde ses propres dépens.
 3. Les frais judiciaires dus à l'Etat de Fribourg sont fixés à 1'320 francs (émolument : Fr. 1'200.--; débours : Fr. 120.--). Ils seront acquittés à raison de la moitié par chacune des parties.
- II. Pour la procédure de recours, chaque partie garde ses propres dépens.
- III. Les frais judiciaires dus à l'Etat de Fribourg sont fixés au montant de ... francs (émolument : 3'000 francs; débours : ... francs). Ils seront acquittés à raison de la moitié par chacune des parties.

Fribourg, le 24 mars 2003