

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. Métropole Télévision est une société anonyme de droit français qui diffuse le programme de télévision « M6 ».

Pour des motifs techniques inévitables, la diffusion du programme « M6 » faite à destination du territoire français par satellite ou ondes hertziennes terrestres déborde au-delà des frontières. Cela permet aux téléspectateurs de Suisse romande de recevoir ce programme depuis une quinzaine d'années. En plus, certains câblo-opérateurs suisses le captent et le retransmettent à leurs abonnés.

Depuis le mois de janvier 2002, Métropole Télévision émet un second signal distinct de celui utilisé pour la diffusion vers la France. Ce second signal reprend intégralement le programme « M6 », mais avec des messages publicitaires spécifiques pour les téléspectateurs de Suisse romande, différents de ceux destinés aux téléspectateurs français. Certains câblo-opérateurs suisses, dont Cablecom dans le canton de Fribourg, reprennent le second signal avec les publicités suisses.

B. Le 21 janvier 2002, la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR), association de droit suisse, 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 civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg des mesures provisionnelles contre Métropole Télévision. La requête n'a pas abouti.

Le 17 novembre 2003, la SSR a ouvert action devant la Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg contre Métropole Télévision. Elle concluait d'abord à ce qu'il soit constaté que son adverse partie n'était pas en droit de procéder à une diffusion du programme « M6 », spécifiquement destinée au public suisse de langue française, notamment du fait de l'insertion dans ce programme de messages publicitaires spécifiquement destinés au public suisse et distincts de ceux figurant dans son programme « M6 » destiné aux téléspectateurs français (soit un programme incluant une fenêtre publicitaire suisse), sans y être autorisée par les titulaires des droits d'auteur sur les oeuvres ainsi diffusées. Elle prétendait ensuite à ce qu'il soit fait défense à Métropole Télévision de diffuser, dans ce programme destiné au public suisse de langue française, en tout ou en partie, divers films ou séries télévisées produits par les producteurs, ou des sociétés qui leur sont liées, qu'elle énumérait. Elle concluait enfin à ce que son adverse partie soit condamnée à lui verser des dommages-intérêts d'un montant à déterminer, mais de dix millions de francs au moins.

La SSR soutenait que la diffusion du second signal véhiculant les oeuvres et prestations du programme « M6 » avec des fenêtres publicitaires suisses constituait une émission distincte destinée au territoire suisse, qu'elle était donc à ce titre soumise à autorisation des titulaires des droits d'auteur sur les oeuvres diffusées, et qu'à défaut d'une telle autorisation, il y avait violation des droits d'auteur qu'elle était habilitée à faire constater et sanctionner en sa qualité de preneur de licence pour la diffusion des mêmes oeuvres sur le territoire suisse.

Elle plaidait en outre que la façon de procéder de Métropole Télévision violait tant ses droits d'utilisation exclusifs en tant que preneur de licence pour la Suisse que les droits d'auteur

des ayants droit. Cette violation permettait à Métropole Télévision d'épargner le paiement de droits de diffusion pour la Suisse, alors qu'elle-même devait déboursier des sommes considérables pour obtenir l'exclusivité sur ce territoire. Métropole Télévision se créait ainsi un avantage concurrentiel illégitime, lui permettant notamment d'offrir aux annonceurs des tarifs qui ne devaient pas tenir compte de frais de licence.

Métropole Télévision a conclu au rejet de la demande. Elle contestait notamment la légitimation active de la SSR pour prétendre à la protection de droits d'auteur dont elle n'était pas titulaire.

Par décision du 21 mars 2005, le Président de la Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg a limité la procédure aux questions de principe de la violation ou non des lois sur le droit d'auteur et contre la concurrence déloyale, ainsi que de la légitimation active de la SSR pour se prévaloir d'une telle violation, sans préjudice du droit des parties de compléter le cas échéant ultérieurement leurs écritures et offres de preuve en rapport avec l'existence d'un dommage et l'étendue de celui-ci.

Par arrêt du 4 janvier 2007, la Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg a rejeté l'action de la SSR et fixé les dépens de Métropole Télévision à 528'813 francs.

C. Par arrêt du 29 août 2007, la Ie Cour de droit civil du Tribunal fédéral a partiellement admis le recours en matière civile de la demanderesse, annulé l'arrêt de l'autorité cantonale et renvoyé la cause à celle-ci. S'agissant de la qualité pour agir du preneur de licence en interdiction et cessation de la violation des droits d'auteur des donneurs de licence, elle a considéré que le preneur de licence n'a pas d'une manière générale la qualité pour agir en cas de violation du droit d'auteur par un tiers, sauf s'il y a été autorisé par le titulaire des droits d'auteur, autorisation expressément donnée en l'espèce par les maisons Sony et Twentieth Century Fox (consid. 5.1). Le Tribunal fédéral a jugé que, dans la mesure où la demanderesse entend faire constater la violation, par le second signal émis par la défenderesse, des droits d'auteur sur lesquels elle se verra octroyer à l'avenir une licence exclusive l'autorisant à faire valoir lesdits droits en justice, elle doit se voir reconnaître un intérêt à la constatation et, partant, la qualité pour agir en constatation (consid. 5.2). Sous l'angle de la concurrence déloyale, le Tribunal fédéral n'a vu – contrairement à la Cour cantonale – aucun motif de tenir pour abusif, parce que relevant d'une attitude contradictoire, le fait pour le preneur de licence de ne pas agir contre les donneurs de licence, censés lui garantir l'exclusivité et qui s'accommoderaient de la violation de l'exclusivité qui lui était garantie, voire l'autoriseraient tacitement. Il a donc admis la qualité pour agir du preneur de licence en concurrence déloyale directement contre le tiers à qui il est reproché de violer le droit immatériel (consid. 7). Le Tribunal fédéral a invité l'autorité cantonale à procéder aux constatations nécessaires quant au contenu des contrats liant la SSR aux producteurs et distributeurs des œuvres concédées dans des contrats de licence, souvent exclusives, ou des contrats dits « de cession de droits de diffusion » (consid. 6).

D. Par mémoire spontané du 28 novembre 2007, la demanderesse a requis l'audition des témoins T., collaborateur technique de la SSR, et D., directeur de la Société Suisse des Auteurs (SSA), la production par la défenderesse des contrats de licence non caviardés, ainsi que l'administration des moyens de preuve offerts en relation avec les faits qu'elle a allégués dans sa requête de réouverture de la procédure probatoire du 23 juin 2006. Le 11 février 2008, la demanderesse a complété ses allégués de fait tendant à démontrer l'aggravation du dommage résultant de la distorsion de concurrence. La défenderesse a requis le 13 février 2008 que ce mémoire soit écarté du dossier.

Comme suite à la décision de la Cour, la défenderesse a produit neuf contrats la liant à divers donneurs de licence et a requis l'application de l'art. 202 al. 4 CPC. Par décision de la Cour du 6 juin 2008, les mandataires de la demanderesse ont été autorisés à consulter les pièces produites et à en prendre des copies, l'approbation du président étant réservée sur ce dernier point. La demanderesse s'est déterminée sur les contrats produits le 17 juin 2008.

Les parties ont comparu à l'audience de la Cour du 20 juin 2008. La procédure probatoire a été close et les mandataires ont plaidé la cause. Ils ont déposé des notes de plaidoiries.

e n d r o i t

1. a) La Cour statue après renvoi de la cause par le Tribunal fédéral. Sa compétence n'est pas contestée.

b) La valeur litigieuse est de dix millions de francs (art. 112 al. 1 let. d LTF). Les pertes sur les recettes publicitaires sont comptées dans ce montant.

2. a) Dans son mémoire du 28 novembre 2007, la demanderesse a requis l'audition comme témoin de T., collaborateur technique de la SSR. Celui-ci devait être entendu sur la nécessité technique d'un ou deux signaux pour diffuser le programme, une fois avec des publicités "françaises", une fois avec des publicités destinées au public suisse (D. 227). Sur ce même sujet, la défenderesse avait requis les témoignages de H. et S., ainsi que de R. (D. 288-290).

C'est une question d'expert (D. 113), plutôt que de témoins, qui est posée. Elle n'est pas déterminante, car ce qui est en cause c'est ce qui se pratique, soit l'émission de deux signaux distincts, et non l'éventualité d'une autre possibilité technique d'aboutir au même résultat par l'émission d'un seul signal avec un commutateur.

Les réquisitions tendant à l'audition de témoins sur cette question ou à l'administration d'une expertise pour établir la possibilité théorique (D. 288-289) de procéder autrement que par l'utilisation de deux signaux, doivent être rejetées, car elles ne sont pas pertinentes pour la solution du litige.

b) La demanderesse a requis l'audition comme témoin de D., Directeur, représentant de la SSA, sur la question de la distinction entre « spillover » et « footprint » (D. 237-240) et celle des contrat respectifs de Métropole Télévision et de la TSR (D. 240-244).

Sur la première question, la défenderesse avait requis l'audition de R. et de P. R. (D. 311-315), ainsi que d'un collaborateur de Métropole Télévision à préciser, et sur la deuxième question de P. R. (D. 318).

En ce qui concerne la distinction entre « spillover » et « footprint », les parties jouent sur les mots mais n'ont pas vraiment de divergence (D. 205). Les preuves annoncées sont inutiles. S'agissant des contrats respectifs de Métropole Télévision et de la TSR, la production des contrats de Métropole Télévision qui a été ordonnée, permettra à la Cour de prendre connaissance de leur contenu. Il n'y a pas de « témoins » à entendre sur le contenu de ces contrats ou leur interprétation.

c) La demanderesse a requis l'administration des moyens de preuve offerts en relation avec les faits qu'elle a allégués dans sa requête de réouverture de la procédure probatoire du 23 juin 2006.

Cette requête n'est pas motivée. Elle est dénuée de pertinence. Elle concerne un contrat de licence passé entre Métropole Télévision et I. AG, étranger à la présente procédure (cf. D. 408-414 et surtout 424 à 436). Il y a lieu de la rejeter.

d) La défenderesse a requis que le mémoire spontané de la demanderesse du 11 février 2008 soit écarté du dossier, motif pris notamment qu'il ne concerne pas l'objet du litige tel qu'il a été restreint par décision présidentielle du 21 mars 2005. Pour ce même motif, il n'est pas nécessaire de statuer formellement sur la requête de la défenderesse, le mémoire du 11 février 2008 restant sans incidence en l'état sur le sort de la cause.

3. La demanderesse a la qualité pour agir contre l'intimé en interdiction, cessation et constatation de la violation des droits d'auteurs des donneurs de licence, dans la mesure où ceux-ci l'y ont autorisée, et en outre la qualité pour agir pour violation des règles en matière de concurrence déloyale (arrêt du Tribunal fédéral du 29 août 2007 consid. 8). Elle est donc légitimée à faire constater la violation, par le second signal émis par la défenderesse, des droits d'auteur sur lesquels elle se verra octroyer à l'avenir une licence exclusive l'autorisant à faire valoir lesdits droits en justice, de manière au demeurant à lever une incertitude dont la persistance entraverait la demanderesse dans sa liberté de décision au point d'en devenir insupportable pour elle (arrêt cité consid. 5.2.2).

a) La diffusion par satellite du programme M6 provoque un débordement techniquement inévitable (footprint) des signaux hors des frontières du pays d'émission. Le satellite ne peut envoyer le signal seulement à destination d'un territoire national bien déterminé; il « arrose » une zone qui comprend généralement des territoires appartenant à plusieurs pays (zone de couverture). Lorsque la diffusion est effectuée par voie hertzienne, le débordement des ondes par rapport aux frontières nationales est dénommé « overspill » ou « spill-over ». Ce phénomène 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 M6. C'est ainsi que les téléspectateurs suisses ont accès depuis une quinzaine d'années aux programmes diffusés par la défenderesse.

Ce que la demanderesse reproche à la défenderesse, c'est de profiter des phénomènes inévitables de débordement et de zone de couverture pour insérer des messages publicitaires spécifiquement destinés au public suisse, messages publicitaires différents de ceux qui sont diffusés simultanément et destinés au public français; cette insertion est réalisée par l'émission d'un deuxième signal qui comprend l'intégralité du programme M6 et les fenêtres publicitaires suisses. Ce faisant, la défenderesse violerait les droits exclusifs concédés à la demanderesse par les donneurs de licence (demande p. 46 ss, spécialement p. 49 ch. 29.6).

Il est constant que le programme télévisuel comme tel – donc à l'exception des décrochages publicitaires – est celui de la défenderesse et qu'il est transmis aux téléspectateurs du secteur arrosé compte tenu du débordement techniquement inévitable. L'identité du programme, la simultanéité de diffusion et le débordement sur la Suisse propre à la diffusion par satellite sont des éléments avérés. Il est constant aussi que la défenderesse émet un signal diffusé vers le satellite Atlantic Bird 3 avec une fenêtre publicitaire destinée au public français et un autre signal relayé par Eutelsat W3 avec une fenêtre publicitaire destinée au public suisse.

La demanderesse soutient que, ce faisant, la défenderesse fait usage d'un signal distinct, non seulement sur le plan technique, mais aussi sur le plan économique, lui permettant de s'adresser aux annonceurs helvétiques et de leur proposer de toucher un public suisse romand. La défenderesse fait ainsi une deuxième exploitation de son programme, venant de l'organisme diffuseur d'origine, spécifiquement destiné au territoire suisse. Il ne s'agit donc pas d'une simple retransmission d'un programme qui est le fait d'un tiers, en pratique un câblo-distributeur, ni non plus d'un simple relais d'un même signal. La législation sur le droit d'auteur accorde à l'auteur ou à son ayant droit le droit exclusif de diffuser son œuvre (art. 10 al. 2 let. d LDA). Dès lors, la diffusion sans autorisation d'œuvres protégées constitue une violation du droit d'auteur (dossier d'office, ci-après DO, 69 ss et 254 s. ; notes de plaidoiries de la demanderesse p. 1 et 2).

De son côté, la défenderesse objecte que la diffusion d'un même service de programme peut avoir lieu moyennant divers et multiples signaux, ce qui ne change rien au fait qu'il s'agit d'une seule diffusion du même programme. Elle en veut pour preuve que le programme M6 intégral est diffusé vers le satellite Hotbird par un signal numérique crypté à destination des bouquets français de chaînes de télévision par satellite TPS et CanalSat et simultanément vers le satellite Atlantic Bird 3 par un signal analogique clair sur l'Europe et que ces deux signaux ne constituent qu'un seul acte de diffusion primaire au public. Eu égard à la simultanéité, à l'intégralité et à l'identité du programme M6 (lequel ne serait pas affecté par l'échange de publicités, notes de plaidoiries de la défenderesse p. 32) transporté par les deux signaux satellites, il n'y a qu'une seule communication au public des œuvres protégées qui le composent, cette communication se faisant – pour des raisons économiques et techniques – par deux signaux différents qui atteignent la France et la Suisse romande en raison de la zone de couverture prédéterminée et inévitable des signaux relayés par satellite. Au demeurant, l'insertion de fenêtres publicitaires suisses ne nécessite pas en soi que le programme M6 proprement dit soit diffusé par deux signaux, puisque le même résultat a déjà été atteint par RTL et SAT 1 par l'émission d'un seul signal avec un commutateur installé par les câblo-opérateurs suisses sur la tête de réseau (DO 174 ss et 331 ss ; notes de plaidoiries de la défenderesse p. 28 ss).

b) Sur ce dernier point, contrairement à ce que laisse entendre la défenderesse (notes de plaidoiries p. 32) : « ... si l'échange des publicités avait affecté l'intégralité du programme, les câblo-opérateurs auraient effectué une diffusion d'un nouveau service de programmes », le comportement en cause n'est pas celui des câblo-opérateurs, qui ne font que capter le signal diffusé et le retransmettre au public (notes de plaidoiries de la demanderesse p. 2 et de la défenderesse p. 29), mais celui de l'organisme diffuseur d'origine. Or, ce diffuseur d'origine, s'agissant de la défenderesse, ne fait pas que profiter de la zone de couverture ou des débordements inévitables; il exploite économiquement son programme par l'émission d'un deuxième signal comportant l'insertion de messages publicitaires distincts, destinés à un public cible suisse romand, différent du public français visé par la diffusion simultanée de la même œuvre assortie de fenêtres publicitaires spécifiques. En outre, comme il a déjà été relevé (consid. 2d), l'éventualité d'aboutir au même résultat par l'émission d'un seul signal avec commutateur est sans pertinence pour juger de la présente cause.

Les interruptions publicitaires qui interviennent lors de la diffusion de l'œuvre font l'objet d'une autorisation expresse (cf. art. 6 des contrats produits par la défenderesse sous P. nos 180 ss). Cela démontre bien qu'il existe un lien étroit entre les droits sur la diffusion de l'œuvre et les fenêtres publicitaires qui peuvent en interrompre le cours (F. DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, p. 221 no 294). Contrairement à ce que soutient la défenderesse (notes de plaidoiries p. 32), l'échange délibéré des messages publicitaires,

par le diffuseur d'origine, lors de la diffusion simultanée de la même œuvre, pour atteindre un public cible différent affecte le contenu du programme. Il équivaut par le recours à un second signal d'émission à une nouvelle diffusion spécifiquement destinée à un territoire qui ne fait pas partie du territoire contractuel de diffusion. Sauf à être autorisée d'une manière ou d'une autre, cette nouvelle diffusion viole le droit exclusif de l'auteur ou de son ayant droit de diffuser l'œuvre.

L'objection de la défenderesse prise de ce que la diffusion de son programme intégral vers le signal Hot Bird par un signal numérique crypté à destination des bouquets français de chaînes de télévision par satellite TPS et CanalSat et simultanément vers le satellite Atlantic Bird 3 par signal analogique en clair sur l'Europe, soit par deux signaux différents, ne constitue qu'un seul acte de diffusion primaire au public (notes de plaidoiries p. 30), n'est pas pertinente. D'abord la défenderesse ne prétend pas qu'elle procède en ce cas à l'échange des fenêtres publicitaires affectant ainsi le contenu du programme. Ensuite, la diffusion de l'œuvre par voie hertzienne, par câble ou par satellite, en clair ou en mode crypté, par signal analogique ou numérique, fait partie des droits cédés (art. 2 des contrats P. nos 180 ss) et est donc expressément autorisée.

c) Contrairement à ce qu'a retenu la Cour dans son arrêt du 4 janvier 2007, l'inaction des donneurs de licence n'équivaut pas de leur part à la tolérance, voire à l'autorisation implicite de procéder à une diffusion distincte de l'œuvre avec des messages publicitaires spécifiques destinés au public suisse. Les maisons Sony et Twentieth Century Fox, auxquelles la qualité pour agir en interdiction, en cessation et en constatation de la violation des droits d'auteur a été reconnue, s'y sont expressément opposées (P. nos 11.3 et 12 de la demande). En outre, comme le preneur de licence a la possibilité non seulement d'actionner son co-contractant pour que celui-ci soit condamné à faire respecter par des tiers les droits qu'il a cédés au preneur de licence, mais aussi d'agir directement contre celui qui viole le droit immatériel (arrêt du Tribunal fédéral du 29 août 2007, consid. 7.2 § 2), l'inaction du donneur de licence ne saurait à elle seule être interprétée comme une autorisation tacite de procéder à une nouvelle diffusion en dehors du territoire contractuel. En effet, le donneur de licence peut laisser au preneur de licence, plus directement touché, le risque du procès sans s'accommoder pour autant de la violation du contrat qui le lie à un autre preneur de licence.

d) La défenderesse soutient qu'aucun des contrats de licence qu'elle a passés avec ses producteurs ne contient une clause lui interdisant d'assortir son programme de messages publicitaires suisses. Elle invoque l'art. 9 intitulé "AGICOA" du contrat qu'elle a passé avec MGM (P. no 183 de la défenderesse) pour en déduire l'autorisation explicite de faire retransmettre son programme M6 par câble dans les pays couverts par l'empreinte satellite – dont la Suisse romande. Elle relève enfin que les fenêtres publicitaires ne promeuvent ni le programme M6 ni les œuvres qui y sont intégrées, mais les seules marchandises et services que les annonceurs distribuent et offrent en Suisse romande. Partant, l'interdiction faite à la défenderesse de promouvoir la diffusion de son programme en dehors du territoire contractuel n'est pas violée (notes de plaidoiries de la défenderesse p. 7 à 13).

Il est constant que les contrats qui lient la défenderesse aux maisons de production ne contiennent pas de clauses interdisant explicitement à la défenderesse d'assortir son programme de messages publicitaires suisses et que la clause tendant à l'interdiction de faire la publicité ou la promotion de son programme en dehors du territoire, vise autre chose, savoir la promotion de l'œuvre elle-même, moyennant génériques et bandes-annonces. L'absence d'interdiction spécifique ne signifie pas pour autant que la défenderesse est autorisée à recourir à un deuxième signal d'émission et à procéder ainsi à

une nouvelle diffusion spécifiquement destinée à un territoire qui ne fait pas partie du territoire contractuel de diffusion (consid. 3 b ci-dessus). L'art. 9 du contrat passé avec MGM ne fournit pas davantage une telle autorisation. Il stipule certes que le distributeur ne s'oppose pas à la reprise de la série par câble ni en France ni dans les territoires où l'AGICOA agit, mais la subordonne – ce que la défenderesse passe sous silence – à la condition que cette reprise soit compatible avec les droits consentis contractuellement à la défenderesse. Or, la Suisse ne fait pas partie des territoires contractuels de diffusion (art. 1.5).

La défenderesse n'a ainsi nullement établi être autorisée contractuellement à procéder à une nouvelle exploitation de son programme diffusé avec des messages publicitaires s'adressant spécifiquement au public suisse.

4. La défenderesse soutient que le droit de diffusion par satellite non crypté qui lui est concédé par les maisons de production implique l'acceptation du fait que les œuvres protégées puissent être reçues sur tout le territoire couvert par l'empreinte satellite, dont la Suisse romande, et que partant l'exclusivité de la TSR dans la mesure où elle lui est garantie, n'est que relative. Le chiffre 4 du contrat MTV-TSR (P. no 23.1 de la demanderesse) prévoit du reste expressément que, nonobstant l'exclusivité consentie, le preneur de licence reconnaît que M6 en France jouit également d'une licence sur le/les programme(s) et que tout débordement d'une telle diffusion ne constituera pas une violation du présent contrat avec MTV. L'exclusivité concédée à la demanderesse ne protégerait celle-ci que contre l'octroi d'une licence à une autre chaîne à l'intérieur du territoire. Elle-même, défenderesse, serait autorisée à utiliser d'autres satellites que le satellite Atlantic Bird 3 pour diffuser son signal (P. no 186b de la défenderesse, art. 3.1.3; notes de plaidoiries de la défenderesse p. 14 à 27).

L'argumentation de la défenderesse est dénuée de pertinence. Conformément à la théorie du pays d'origine, l'autorisation de recourir au satellite fait que l'œuvre peut être diffusée par satellite, quel que soit le nombre de pays couverts par cette diffusion. La zone de couverture et l'effet de débordement sont des phénomènes inévitables, dont les licenciés exclusifs doivent donc s'accommoder. C'est la raison pour laquelle les contrats avec les producteurs prévoient expressément que tout débordement – involontaire parce que techniquement inévitable – d'une diffusion faite par un licencié au bénéfice d'une licence concédée pour un autre territoire ne constitue pas une violation du contrat conclu avec le distributeur (par exemple, ch. 4 de la P. no 23.1 de la demanderesse, notes de plaidoiries de la défenderesse p. 25). Cette clause ne donne évidemment pas le droit au tiers licencié de procéder à une diffusion autre que celle(s) pour laquelle ou lesquelles les droits lui ont été concédés. Ainsi, l'autorisation de relayer par satellite analogique le signal de diffusion hertzienne dans les zones d'ombre du territoire à condition que cette *transmission relais* par satellite reste en toute circonstance simultanée et sans changement par rapport à la transmission hertzienne, ne vaut que dans les limites des droits concédés, étant précisé que la transmission relais par un satellite différent d'Atlantic Bird 3 devra être notifiée sans délai et par écrit au donneur de licence (P. no 186 b de la défenderesse, clause 3.1.3, et notes de plaidoiries de la défenderesse p. 20 ss).

5. Si le licencié excède la mesure des droits qui lui ont été concédés, par exemple en outrepassant les limites territoriales autorisées, il viole non seulement le contrat mais aussi les droits d'auteur du concédant (R.M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Berne 2001, p. 630; I. CHERPILLOD, Titularité et transfert des droits, p. 69 ss in La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur, Lausanne 1994, p. 93 s. et la référence à R. MUTTENZER, Der urheberrechtliche Lizenzvertrag, thèse Bâle 1970, p. 38). En effet, si le titulaire des droits a cédé le droit de

diffuser l'œuvre pour un certain territoire, il conserve le droit exclusif de diffuser ou de céder son droit pour les autres territoires (art. 10 al. 2 let. d LDA).

L'action de la demanderesse en constatation de la violation des droits d'auteur par l'émission d'un second signal en vue de diffuser l'œuvre avec une fenêtre publicitaire spécifique destinée à un territoire qui ne fait pas partie du territoire contractuel apparaît dès lors bien fondée. Il en va de même dans leur principe et pour autant qu'elles soient toujours d'actualité des actions en interdiction et en cessation de la violation des droits d'auteur.

L'action de la demanderesse tendant à la constatation de la violation de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale est elle aussi bien fondée dans son principe, car il est évident que la diffusion de l'œuvre avec une fenêtre publicitaire spécifique destinée au public suisse, faite en violation de la loi sur le droit d'auteur, procure un avantage concurrentiel illégitime à la défenderesse.

La procédure a été limitée avec l'accord des parties aux questions de principe de la violation ou non de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins et de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (D. 206 et 209). L'action en constatation de droit répond aux questions de principe ainsi circonscrites. La Cour peut en l'état se dispenser de préciser de manière détaillée l'objet, c'est-à-dire la liste des films et séries concernées, des actions en interdiction et en cessation.

6. Dans un considérant 6, le Tribunal fédéral renvoie la cause à l'autorité cantonale en l'invitant à procéder à un nouvel examen des contrats liant la demanderesse aux producteurs et distributeurs des œuvres, à rendre une nouvelle décision sur ce point, en particulier à procéder aux constatations nécessaires quant au contenu des contrats concernés.

Dans son arrêt du 4 janvier 2007, la Cour de céans a considéré que ces contrats sont des contrats de licence, souvent exclusive, et non des contrats de cession de droit, opposables à tous y compris l'auteur, sinon les producteurs et distributeurs n'auraient plus la possibilité d'accorder simultanément une licence de diffusion pour les mêmes films ou séries à un autre diffuseur, en l'occurrence la défenderesse. Même les contrats dits de "cession des droits de diffusion" (demande p. 38 ss, let. d ch. 24; p. 65) sont en réalité des contrats de licence. Seuls des droits de diffusion sont transférés (conditions générales, clause 1, bordereau demanderesse, pces 30.1 à 30.13).

Autant que la question présente un intérêt actuel, la Cour maintient son appréciation. Ce qui est cédé, ce n'est pas le droit de diffusion comme tel dont le cessionnaire comme titulaire pourrait à son tour concéder l'exploitation à un tiers, dans les limites du territoire contractuel (sur l'objection de la demanderesse, cf. son recours en matière civile au Tribunal fédéral, du 20 mars 2007, p. 22), mais seulement le droit d'exploiter la production en télévision sur les émetteurs de la TSR, en exclusivité sur le territoire suisse pour une période déterminée. Les droits de diffusion cédés comprennent le droit de communiquer le programme au public par un réseau d'émetteurs terrestres, par fils ou par câbles ou par satellite, selon les contrats. Le contenu des contrats dits de "cession de droits de diffusion" ne diffère pas des contrats de licence exclusive.

La demanderesse ne paraît du reste pas vraiment en disconvenir, elle qui par son mandataire en plaidoirie considère que, s'agissant de productions telles que des films ou des séries, c'est toujours le producteur qui acquiert les droits, et c'est pourquoi tant la TSR que Métropole Télévision acquièrent les licences auprès de ces maisons de production. Le

fait que Métropole Télévision acquiert les licences auprès des mêmes maisons de production montre bien qu'il s'agit des titulaires des droits. Il ne peut donc y avoir de discussion au sujet de la titularité des droits par les maisons de production, question qui doit au demeurant être distinguée d'avec celle de la légitimation active (notes de plaidoiries de la demanderesse p. 6).

7. Le présent arrêt ne termine pas la contestation. Il y a lieu de réserver les dépens.

8. Le recours en matière civile contre le présent arrêt est ouvert aux conditions, notamment, de l'art. 93 al. 1 LTF (cf. ATF 133 III 629 consid. 2 p. 630).

I a C o u r a r r ê t e :

1. L'action introduite le 17 novembre 2003 par la Société Suisse de Radiodiffusion et Télévision (SSR), par sa succursale Société Suisse de Radiodiffusion et Télévision (SSR)-Télévision Suisse Romande (TSR), est admise sur le principe et dans les limites définies par l'ordonnance présidentielle du 21 mars 2005.

Partant, il est constaté que la diffusion spécifiquement destinée au public suisse, notamment du fait de l'accompagnement de fenêtres publicitaires spécifiques, par Métropole Télévision dans son programme « M6 » d'œuvres pour lesquelles elle n'a pas été autorisée à une telle diffusion par les titulaires de droits d'auteur sur elles, constitue une violation de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins et une violation de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale.

2. Les frais judiciaires dus à l'Etat sont fixés au montant de 20'360 francs (émolument : 20'000 francs; débours : 360 francs). Ils seront acquittés à raison de la moitié par chacune des parties, indépendamment de l'attribution des dépens.

3. Les dépens sont réservés.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 12 février 2009