Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
4A 55/2007 /ech

Arrêt du 29 août 2007
Ire Cour de droit civil

Composition
MM. et Mmes les Juges Corboz, président, Klett, Rottenberg Liatowitsch, Kolly et Kiss.
Greffière: Mme Cornaz.

Parties
Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR), par sa succursale Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) - Télévision Suisse romande (TSR),
recourante, représentée par Mes Ivan Cherpillod, ainsi que Dominique Dreyer et Marianne Loretan,

contre

Métropole Télévision,
Parties
intimée, représentée par Me Bernard Cron.

Objet
contrat de licence,

recours en matière civile contre l'arrêt de la IIe Cour
d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg
du 4 janvier 2007.

Faits :
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 » fait 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 débourser 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.
La cour cantonale a d'abord relevé qu'en réalité, la SSR se plaignait d'une violation de son droit à la diffusion exclusive de certaines oeuvres en Suisse, droit qu'elle déduisait des contrats conclus avec les producteurs et distributeurs concernés. Cette violation proviendrait de ce que Métropole Télévision ne respecterait pas l'interdiction de diffuser ces oeuvres en Suisse, prévue dans les contrats analogues que celle-ci avait passés avec ces mêmes producteurs et distributeurs pour la France. L'autorité cantonale, qualifiant tous les contrats passés par la SSR de contrats de licence, a considéré qu'un tel contrat n'habilitait pas le preneur de licence à agir en justice contre celui qui portait atteinte aux droits d'auteur cédés. Elle a écarté une légitimation active découlant du contrat de licence.

Les juges cantonaux ont ensuite nié la possibilité pour un preneur de licence d'agir lui-même en justice pour violation des droits d'auteur en vertu de la loi sur le droit d'auteur. Pour ce qui concernait plus précisément les droits des maisons Sony et Twentieth Century Fox, maisons qui auraient autorisé la SSR à ouvrir action contre Métropole Télévision, elle a considéré qu'un donneur de licence ne pouvait pas passer avec deux preneurs de licence des contrats dont la violation par l'un affectait les droits de l'autre sans faire respecter ces contrats et en abandonnant à l'un des preneurs le soin d'agir contre l'autre. Il y aurait manifestement une attitude contradictoire du donneur de licence, constitutive d'un abus de droit. Elle a nié pour ce motif une légitimation active de la SSR découlant du droit d'auteur.

Pour ce qui est de la concurrence déloyale, la cour cantonale a constaté que la SSR disposait d'une action

contractuelle contre les donneurs de licence, qui devaient lui garantir l'exclusivité accordée, et qu'elle ne saurait se substituer à eux pour se plaindre de la violation par Métropole Télévision d'un droit d'auteur que ceux-ci, en tant que titulaires du droit, toléraient par son inaction. Il serait contradictoire que la SSR épargne ses cocontractants qui ne respectaient pas leur engagement contractuel de lui garantir l'exclusivité d'une diffusion sur son territoire, alors que ceux-ci, par leur inaction, toléraient voire peut-être autorisaient tacitement une diffusion qui porterait atteinte à son droit d'exclusivité. Selon l'autorité cantonale, la SSR ne saurait invoquer, sous l'angle de la concurrence déloyale, la prétendue violation de droits d'auteur dont s'accommodaient les titulaires de ces droits.

C.

La SSR (la recourante) interjette le présent recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il prononce ce qui suit:

1. Le recours est admis.

2. L'arrêt du 4 janvier 2007 est annulé.

3. La légitimation active de la SSR pour se prévaloir d'une violation, par Métropole Télévision, de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins est admise.

4. La légitimation active de la SSR pour se prévaloir d'une violation, par Métropole Télévision, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale est admise.

5. Il est constaté que la diffusion par Métropole Télévision 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 de droits d'auteur sur les oeuvres ainsi diffusées, constitue une violation de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins.

6. Il est constaté que la diffusion par Métropole Télévision du programme « M6 », spécifiquement destinée au public suisse en 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 de droits d'auteur sur les oeuvres ainsi diffusées, constitue une violation de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale.

7. Il est constaté que Métropole Télévision n'est 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 » destinés aux téléspectateurs français (soit un programme incluant une fenêtre publicitaire suisse), sans y être autorisée par les titulaires de droits d'auteur sur les oeuvres ainsi diffusées.

8. Il est fait défense à 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,

a) de diffuser, en tout ou en partie, des films ou des séries télévisées produits par les producteurs, ou des sociétés qui leur sont liées (...), dans un programme spécifiquement destiné 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 destiné aux téléspectateurs français (soit un programme incluant une fenêtre publicitaire suisse), subsidiairement de les diffuser dans un tel programme sans qu'ils soient occultés,

b) et notamment de diffuser au moyen d'un signal incluant une fenêtre publicitaire suisse, soit des messa-

ges publicitaires spécifiquement destinés au public suisse et distincts de ceux figurant dans son programme destiné aux téléspectateurs français, en particulier les films et séries suivants (...), en tout ou en partie,

c) ou de faire diffuser ces films ou séries, en tout ou en partie, par l'émission d'un signal destiné à être repris par des câblo-opérateurs en Suisse et contenant un programme spécifiquement destiné 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 destiné aux téléspectateurs français (soit un programme incluant une fenêtre publicitaire suisse), subsidiairement de les faire diffuser par l'émission d'un tel signal sans qu'ils soient occultés

sans y être autorisée par les producteurs respectifs désignés sous let. a) et b).

9. Subsidiairement aux conclusions 3 à 8, l'affaire est renvoyée à l'instance cantonale pour nouvelle décision.

Dans le même mémoire, la recourante exerce en outre un recours constitutionnel subsidiaire pour violation de l'interdiction de l'arbitraire dans la fixation des dépens. Elle y reprend une critique soulevée dans le cadre de son recours en matière civile et conclut à ce que la cause soit renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision sur les dépens de son adverse partie.
Métropole Télévision (l'intimée) propose, avec suite de frais et dépens, principalement l'irrecevabilité du recours en matière civile faute d'intérêt juridique, l'irrecevabilité des conclusions 7 et 8 et le rejet du recours dans la mesure où il est recevable et, subsidiairement, que dans l'hypothèse d'un renvoi de la cause à l'autorité cantonale, il soit pris note que son adverse partie a définitivement renoncé à ses conclusions en dommages-intérêts formées devant l'autorité cantonale. Par ailleurs, elle conclut à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet du recours constitutionnel subsidiaire.

Parallèlement, l'intimée interjette également un recours en matière civile, dans lequel elle conclut à ce que ses dépens de l'instance cantonale soient portés à 591'944 fr. 95 et demande en outre que les deux procédures soient jointes.

La recourante propose l'irrecevabilité et subsidiairement le rejet du recours de l'intimée et s'oppose à une jonction des causes.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Comme la décision attaquée a été rendue après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007 (RO 2006, 1242), de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le recours est régi par le nouveau droit (art. 132 al. 1 LTF).
2.
Exercé par la recourante, qui a succombé, et dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) en instance cantonale unique par une autorité cantonale de dernière instance (art. 75 al. 2 let. a LTF, 64 al. 3 de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 [Loi sur le droit d'auteur, LDA; RS 231.1], 12 al. 2 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 [LCD; RS.241], 149 al. 2 de la loi fribourgeoise d'organisation judiciaire du 22 novembre 1949 [LOJ/FR; RS-FR 131.0.1]et 1b al. 2 du règlement fribourgeois du Tribunal cantonal du 13 décembre 1982 [RSFR 131.1.11]), le présent recours est recevable sans égard à la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b. LTF et 12 al 2 in fine LCD; cf. ATF 133 III 439 consid. 2.2.2.2). Il a par ailleurs été déposé dans le délai (art. 45 al. 1 et 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière.
3.
Dans le cadre du recours en matière civile, le grief d'une violation de l'interdiction constitutionnelle de l'arbitraire commise dans le cadre de la fixation des dépens est en soi recevable (art. 95 let. a LTF). En conséquence, la voie du recours constitutionnel subsidiaire est fermée (art. 113 LTF). Partant, le recours constitutionnel subsidiaire interjeté par la recourante est d'emblée irrecevable.

4.
L'intimée conclut en premier lieu à l'irrecevabilité de l'action intentée par la recourante faute d'intérêt juridique, au motif que l'action tendrait à un résultat inatteignable.
4.1 L'intimée soutient que dans ses conclusions, son adverse partie requérait uniquement l'interdiction de la diffusion du programme « M6 » assorti de messages publicitaires suisses. Elle admettait par contre la licéité de la diffusion du programme « M6 » avec les publicités françaises, diffusion qui, pour des motifs techniques, s'étendait inévitablement à la Suisse. La recourante reconnaissait explicitement que cette diffusion originale était conforme aux contrats de licence qui liaient l'intimée aux sociétés de distribution et ne violait ni les droits d'auteur de ces dernières, ni le droit de diffusion exclusif de la recourante. Or, les signaux pour les deux diffusions transportaient le programme « M6 » dans son intégralité et simultanément, si bien que les films et séries protégés ne pouvaient être captés et regardés par les téléspectateurs suisses qu'une seule fois. L'interdiction que la recourante cherchait à obtenir ne changerait dès lors rien au fait que le programme « M6 » continuerait à être reçu en Suisse. Les films et séries protégés resteraient toujours accessibles aux téléspectateurs romands par le truchement du programme « M6 ». Ainsi, le but visé par les conclusions de la demande, fondées sur une prétendue violation
du droit exclusif pour la Suisse de certains films et séries, ne pouvait pas être atteint. Le seul effet de l'interdiction du second signal serait l'élimination des messages publicitaires suisses.

Pour sa part, la recourante est d'avis que la réception en Suisse du programme « M6 » original est la conséquence d'un inévitable débordement au-delà des frontières de la diffusion du programme destiné aux téléspectateurs français. Par contre, le programme « M6 » diffusé depuis 2002 avec les mêmes oeuvres et prestations, mais entrecoupé de messages publicitaires différents, visait les téléspectateurs suisses et était diffusé par un signal spécifique transitant par un autre satellite. Il y avait donc deux diffusions, l'une à destination du territoire français et l'autre à destination du territoire suisse. Cette dernière excédait les limites territoriales fixées par les ayants droit des droits d'auteur sur les films et séries diffusées. En tant que nouvelle diffusion distincte, destinée spécifiquement à un public distinct, elle était soumise à autorisation des auteurs, dont l'intimée ne bénéficierait pas. La seconde diffusion du programme « M6 » avec fenêtre publicitaire suisse violait ainsi les droits d'auteur.
4.2 Le programme « M6 » est diffusé simultanément en des versions qui sont identiques pour ce qui concerne les films et séries, mais qui diffèrent pour ce qui est des messages publicitaires. Il n'y a donc pas seulement la voie technique de transmission qui diverge, mais partiellement aussi ce qui est diffusé. Certes, si l'action de la recourante devait aboutir, le téléspectateur romand n'en pourrait pas moins continuer à voir les films et séries diffusés, à l'intention des téléspectateurs français, par le programme « M6 », comme le relève avec raison l'intimée. L'action ne tend toutefois pas à empêcher cela. En effet, ce que la recourante demande, c'est l'interdiction de la diffusion en direction de la Suisse du programme « M6 » dans la version avec fenêtre publicitaire suisse, et cela dans la mesure où ce programme contient certains films et séries que l'intimée n'a pas l'autorisation de diffuser en Suisse. L'admission de l'action procurerait à la recourante l'avantage qu'elle recherche, soit l'interdiction de la diffusion de certaines oeuvres couplée avec de la publicité spécifique pour les téléspectateurs suisses. Que le but final, comme le relève l'intimée, soit en fin de compte l'élimination des messages publicitaires suisses
en soi licites n'y change rien. On ne saurait donc parler de but inatteignable en cas d'admission de l'action. Autre est la question de savoir si l'admission de l'action est un but atteignable, question qui ne concerne pas la recevabilité de l'action, mais son bien-fondé.
5.
La recourante reproche à l'autorité cantonale d'avoir nié sa qualité pour agir sur la base du droit d'auteur.
5.1 La recourante soutient qu'en qualité de preneur de licence, elle a qualité pour actionner l'intimée en interdiction et cessation de la violation des droits d'auteur des donneurs de licence.
5.1.1
La qualité pour agir est le droit de faire valoir en justice une prétention déterminée (cf. ATF 125 III 82 consid. 1a p. 84 et l'arrêt cité). Pour ce qui concerne les actions en exécution d'une prestation, dont font partie les actions en interdiction et cessation, la loi sur les droits d'auteur ne la prévoit actuellement qu'en faveur du titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. Elle ne dit mot de la qualité pour agir du preneur de licence (cf. art. 62 LDA).

La loi fédérale sur la protection des designs du 5 octobre 2001 (Loi sur les designs, LDes; RS 232.12) est

la seule à accorder la qualité pour agir au preneur de licence. Elle prévoit en effet que les preneurs de licence exclusive peuvent intenter une action, notamment en interdiction et cessation, ainsi qu'obtenir des mesures provisionnelles, contre la personne qui viole un design protégé, pour autant que le contrat de licence ne l'exclue pas explicitement (cf. art. 35 al. 4 LDes). Cette disposition n'a pas été adoptée sans contestation, d'aucuns craignant qu'un procès mal conduit par le preneur de licence puisse avoir des conséquences négatives pour le titulaire du droit qui, n'étant pas partie au procès, ne pourrait pas réagir. En outre, ils déploraient qu'une divergence soit créée par rapport au droit d'auteur où, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit d'agir du preneur de licence devait être clairement prévu dans le contrat de licence (cf. BOCN 2001 p. 192 ss; BOCE 2001 p. 271).
5.1.2 La question de la qualité pour agir du preneur de licence en cas de violation de droits d'auteur par un tiers, plus précisément de la faculté de faire valoir, en son propre nom, des droits en lieu et place de l'ayant droit, est controversée.

Dans un arrêt rendu en 1987, le Tribunal fédéral a relevé que la loi sur le droit d'auteur ne donnait pas au preneur de licence la qualité pour agir en cas de violation du droit d'auteur par un tiers. L'arrêt admet toutefois que les droits de défense pouvaient être transférés au preneur et que celui-ci pouvait intenter action contre le tiers s'il y a été explicitement ou implicitement autorisé par le titulaire des droits d'auteur. Dans le cas particulier, le Tribunal de céans a admis que tel avait été le cas, au motif que le contrat de licence donnait au preneur un droit exclusif de produire et de vendre des meubles dans le monde entier, lui faisait expressément obligation de poursuivre toute contrefaçon, et lui assurait pour ces poursuites le soutient de l'ayant droit (cf. ATF 113 II 190 consid. 1).
La doctrine majoritaire nie la qualité pour agir du preneur de licence en cas de violation du droit immatériel; elle est partagée sur la possibilité de céder le droit d'agir (cf. Müller, Urheberrechtsgesetz [URG], Berne 2006, n. 48 ss ad Vorbemerkungen zu Art. 61-66 et les références citées; Hilty, Lizenzvertragsrecht, Berne 2001, p. 774 ss et les références citées). Par ailleurs, dans un arrêt rendu en 2003, qui traitait de la question de la légitimation active d'un artiste interprète, membre d'une pluralité d'acteurs ayant joué dans un film pour contester une publicité (cf. art. 34 LDA), le Tribunal fédéral a prononcé qu'un artiste n'était autorisé à agir en justice individuellement pour le compte de tous les autres auxquels la protection appartient en commun que dans les cas prévus par la loi (ATF 129 III 715 consid. 3.3). Cet arrêt repose sur la règle selon laquelle, d'une façon générale, une créance ne peut pas être scindée en une prétention au fond et un droit d'action, le droit suisse ne connaissant pas une cession portant sur la seule faculté de déduire une créance en justice (ATF 130 III 417 consid. 3.4 p. 427; 78 II 285 consid. 3a p. 274). Ni ce dernier principe, ni les critiques de la doctrine ne justifient toutefois,
dans le cas particulier, de modifier la jurisprudence découlant de l'ATF 113 II 190.
5.1.3 Le 22 juin 2007, les Chambres fédérales ont adopté une modification de la loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954 (Loi sur les brevets, LBI; RS 232.14), tendant à accorder la qualité pour agir au preneur de licence exclusive (art. 75 nLBI; cf. FF 2007 p. 4363 ss, spéc. p. 4374). A cette occasion, elles ont modifié, sans que cela donne lieu à discussion (cf. BOCN 2006 p. 1996 s.; BOCE 2007 p. 449), d'autres lois de propriété intellectuelle dans le même sens. Tel est en particulier le cas de la LDA. En effet, les art. 62 al. 3 et 65 al. 5 nLDA prévoient que la personne qui dispose d'une licence exclusive peut elle-même intenter les actions prévues aux art. 62 et 65, pour autant que le contrat de licence ne l'exclue pas explicitement. L'art. 81a nLDA précise que les règles relatives à la qualité pour agir des preneurs de licence ne s'appliquent qu'aux contrats de licence conclus ou confirmés après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (cf. FF 2007 p. 4363 ss, spéc. p. 4380 et 4385). Celle-ci n'est pas encore en vigueur au moment du prononcé de la présente décision, le délai référendaire courant jusqu'au 11 octobre 2007.
5.1.4 L'objectif poursuivi par le législateur, en adoptant la loi du 22 juin 2007 et notamment la modification de la LDA, était la recherche d'une solution unanime pour l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle en matière de qualité pour agir du preneur de licence exclusive, à l'image de celle prévue par l'art. 35 al. 4 LDes (cf. Message concernant la modification de la loi sur les brevets et l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution du 23 novembre 2005, FF 2006 p. 1 ss, spéc. p. 39). On ne saurait cependant en déduire, comme l'entend la recourante, que l'art. 35 al. 4 LDes énonce un principe général en matière de droit de la propriété intellectuelle, qui s'appliquerait par analogie en matière de droit d'auteur déjà avant que l'art. 62 al. 3 et l'art. 65 al. 5 nLDA ne soient en vigueur. En effet, selon l'art. 81a nLDA, ces dernières dispositions ne s'appliqueront que si le contrat de licence a été conclu ou confirmé après leur entrée

en vigueur. Il en résulte, a contrario, que le principe énoncé, soit que le preneur de licence a qualité pour agir tant que le contrat de licence ne l'exclut pas explicitement, ne s'applique pas aux anciens contrats.
5.1.5 D'après les principes posés dans l'ATF 113 II 190, le preneur de licence exclusive a qualité pour intenter en son propre nom les actions prévues aux art. 62 et 65 LDA lorsqu'il y a été autorisé par le titulaire des droits d'auteur. Les intérêts de ce dernier sont alors suffisamment garantis par la possibilité de refuser son accord. Cela étant, quoi qu'en dise l'intimée, il n'est pas nécessaire que l'accord soit prévu dans le contrat de licence et il peut également être donné ultérieurement, même en vue d'un procès déterminé.

En l'espèce, il ressort de l'état de fait qu'une telle autorisation aurait été expressément donnée à la recourante par les maisons Sony et Twentieth Century Fox. A cet égard, la cour cantonale a relevé qu'il y aurait attitude contradictoire, constitutive d'abus de droit, de la part de celle-ci qui aurait passé deux contrats de licence exclusive, mais qui ne veillerait pas à ce que l'un des deux preneurs de licence respecte les droits de l'autre et abandonnerait à ce dernier d'agir contre le premier. Les juges cantonaux ne sauraient toutefois être suivis sur ce point. On ne voit en effet pas en quoi la passivité du donneur de licence, qui violerait des obligations contractuelles envers la recourante en n'agissant pas lui-même contre l'intimée, pourrait être opposée à la recourante désireuse de suppléer le donneur de licence et d'agir elle-même.
Il s'ensuit que le recours doit être partiellement admis, la qualité de la recourante pour agir en interdiction et cessation de la violation des droits d'auteur des donneurs de licence lui étant reconnue, mais seulement dans la mesure où elle y a été autorisée par l'ayant droit et non de manière générale, comme la recourante le plaide à tort.
5.2 La recourante soutient qu'en tant que preneur de licence, elle a la qualité pour intenter une action en constatation contre l'intimée.
5.2.1 A teneur de l'art. 61 LDA, une action en constatation d'un droit ou d'un rapport juridique prévu par cette loi peut être intentée par toute personne qui démontre qu'elle a un intérêt légitime à une telle constatation.

La recevabilité de l'action en constatation au sens de l'art. 61 LDA est régie par le droit fédéral. Elle suppose que le demandeur ait un intérêt légitime à une constatation immédiate au sujet de l'existence ou de la non existence d'un rapport juridique découlant de la LDA. L'intérêt peut être juridique ou simplement de fait, mais il doit être d'importance; cette condition est remplie lorsqu'une incertitude plane sur les relations juridiques des parties et qu'une constatation judiciaire est susceptible de l'éliminer. Une incertitude quelconque ne suffit toutefois pas; il faut qu'en se prolongeant, elle entrave le demandeur dans sa liberté d'action et lui soit objectivement insupportable. L'intérêt à un jugement de constatation fait en règle générale défaut lorsqu'il est possible au demandeur d'intenter une action en exécution (cf. ATF 120 II 144 consid. 2a; plus récemment arrêt 4C.431/2004 du 2 mars 2005, reproduit in sic! 2005 p. 463, consid. 3.1; 4C.290/2001 du 8 novembre 2002, reproduit in sic! 2003 p. 323, consid. 1.1). Une partie de la doctrine met cependant le caractère subsidiaire de l'action de l'art. 61 LDA en doute (cf. Müller, op. cit., n. 9 s. ad art. 61 et les références citées).

L'action en constatation peut porter non seulement sur les relations juridiques entre les parties à l'action ou entre une partie et une chose ou un droit ainsi que sur les droits et obligations qui en résultent, mais aussi sur les droits et relations juridiques de tiers, notamment sur les rapports juridiques entre une partie et un tiers. Dans ce cas de figure aussi, le demandeur doit avoir un intérêt digne de protection à la constatation requise. Ce n'est qu'exceptionnellement le cas dès lors que le jugement de constatation ne lie pas le tiers qui n'est partie à la procédure; un intérêt suffisant a été admis lorsque les relations juridiques entre les parties à l'action dépendent d'un rapport juridique entre le défendeur et un tiers (cf. ATF 93 II 11 consid. 2c; plus récemment arrêt 4C.290/2001 du 8 novembre 2002, reproduit in sic! 2003 p. 323, consid. 1.3).

Le preneur de licence peut ainsi intenter l'action pour autant qu'il ait un intérêt légitime à le faire. Ce peut notamment être le cas pour faire constater la validité ou la non-validité du droit immatériel faisant l'objet du contrat de licence (cf. Müller, op. cit., n. 13 ad art. 61; von Büren/Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2e éd., Berne 2002, n. 785 p. 156; Hilty, op. cit., p. 778).
5.2.2 Dans la présente espèce, la recourante fait en particulier valoir que l'identité de tous les producteurs dont les oeuvres seront concernées à l'avenir ne peut être déterminée de manière définitive dans le cadre de la procédure en cours et de la décision en cessation du trouble.

Dans la mesure où la recourante entend faire constater la violation, par le second signal émis par l'intimée, 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. L'objet de la constatation sollicitée est en effet plus large que celui sur lequel portent ses prétentions en interdiction ou en cessation du trouble, si bien que son intérêt à obtenir une décision en constatation n'est en l'occurrence pas compromis par l'existence d'une action en exécution. Pour le surplus, la solution retenue permet de lever une incertitude dont la persistance entraverait la recourante dans sa liberté de décision au point d'en devenir insupportable pour elle. Le recours est donc fondé sur ce point.
6.
L'autorité cantonale a qualifié tous les contrats liant la recourante aux producteurs et distributeurs des oeuvres en question de contrats de licence, souvent exclusive, et non de contrats de cession de droits d'auteur ou de droits de diffusion. La recourante le conteste, soutenant qu'elle est cessionnaire de tels droits, qu'elle en a la pleine titularité et qu'elle peut donc en invoquer la protection en justice.

L'état de fait souverainement établi par les précédents juges ne permet pas de trancher définitivement la question, qui peut rester ouverte à ce stade. En effet, dès lors que la cause doit de toute façon être renvoyée à l'autorité cantonale, celle-ci est invitée à procéder à un nouvel examen de la situation et à rendre une nouvelle décision sur ce point, en particulier à procéder aux constatations nécessaires quant au contenu des contrats concernés.
7.
La recourante fait grief à la cour cantonale d'avoir nié sa qualité pour agir pour se plaindre de concurrence déloyale.
7.1 Dans ce domaine, la qualité pour agir appartient notamment à celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, ses affaires ou ses intérêts économiques, ou en est menacé (art. 9 al. 1 LCD). La violation de droits immatériels de tiers est un comportement qui peut contrevenir aux règles de la bonne foi et être constitutif d'un comportement déloyal et illicite susceptible d'influer sur les rapports avec les clients (art. 2 LCD); cela peut notamment être le cas pour les rapports entre le preneur de licence et ses clients. Le preneur de licence peut donc en principe actionner le tiers qui viole des droits immatériels pour lesquels il bénéficie d'une licence (cf. von Büren/Marbach, op. cit., n. 874 p. 176; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Bâle 2001, n. 305 ad art. 9; David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. I/2, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, 2e éd., Bâle 1998, p. 60 s.).
7.2 En l'espèce, l'autorité cantonale a exposé qu'en cas de violation de droits d'auteur par un tiers, le preneur de licence possédait la légitimation active sous l'angle de la loi contre la concurrence déloyale. Cela étant, elle a considéré que la légitimation active de la recourante paraissait en soi devoir lui être reconnue en vertu de cette loi, mais qu'elle devait être niée dans le cas particulier, au motif que celle-ci ferait preuve d'une attitude contradictoire en n'ouvrant pas action contre les donneurs de licence, qui étaient tenus de lui garantir l'exclusivité accordée et qui s'accommoderaient de la violation de l'exclusivité qui lui était garantie, voire l'autoriseraient tacitement.

On ne voit pas pour quel motif le comportement de la recourante devrait être considéré comme abusif, de sorte qu'il y aurait motif à lui dénier la qualité pour agir dont bénéficie d'ordinaire le preneur de licence. En effet, en cas d'acte de concurrence déloyale commise par violation de droits immatériels objets du contrat de licence, le preneur de licence a régulièrement la possibilité d'actionner le donneur de licence pour demander à ce que celui-ci soit condamné à faire respecter par des tiers les droits qu'il a cédés au preneur de licence; le preneur de licence peut néanmoins agir directement contre celui qui viole le droit immatériel. Le cas d'espèce ne montre aucune particularité à cet égard; que le choix de la recourante d'actionner l'intimée pour concurrence déloyale et non pas les donneurs de licence en exécution du contrat repose sur des motifs d'opportunité économique ne le rend pas abusif. Le recours est derechef fondé sur ce point.
8.
Il résulte des considérants qui précèdent que la recourante a la qualité pour agir contre l'intimée en violation des droits d'auteur des donneurs de licence, dans la mesure où ceux-ci l'y ont autorisée. Elle a en outre la qualité pour agir pour violation des règles en matière de concurrence déloyale. Partant, c'est à tort que la cour cantonale a rejeté l'action introduite par la recourante. En conséquence, le recours doit être partiellement admis,

l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale (art. 107 al. 2 LTF). Le Tribunal fédéral n'est en effet pas en mesure de se prononcer sur le bien-fondé des conclusions de la recourante, dès lors notamment que les précédents juges n'ont pas instruit sur le fond de l'action (cf. art. 105 al. 1 et 2 LTF).
9.
Pour ce cas de figure, l'intimée conclut à ce qu'il soit constaté que la recourante a définitivement renoncé aux conclusions en dommage-intérêts formées devant l'autorité cantonale.

Par décision du 21 mars 2005, le Président de la cour cantonale a limité la procédure aux questions du principe de la violation des règles sur le droit d'auteur et la concurrence déloyale, ainsi qu'à celle de la légitimation active de la recourante pour se prévaloir d'une telle violation. Il a expressément réservé le droit des parties de compléter ultérieurement leurs écritures et offres de preuve en rapport avec l'existence et l'étendue du dommage. La question des dommages-intérêts a ainsi été réservée pour une éventuelle décision subséquente. Dans ces circonstances, le fait que la recourante n'a pas repris cette conclusion dans son acte de recours, dirigé contre l'arrêt rendu dans le cadre de la procédure limitée par la décision du 21 mars 2005, ne saurait être considéré comme un désistement.
10.
La recourante et, dans son propre recours, l'intimée contestent le montant que la cour cantonale a alloué à cette dernière à titre de dépens pour ses frais d'avocat. La première critique le nombre d'heures retenues et la seconde le prix de l'heure. L'arrêt attaqué étant annulé et la procédure continuant devant l'autorité cantonale, la question des dépens est en l'état devenue sans objet. Il en va de même de la demande de jonction des causes.
11.
A la fin de son écriture, la recourante se plaint d'une violation du droit d'être entendu, au motif que le rejet de réquisitions de preuve n'aurait pas été motivé dans l'arrêt attaqué. Celui-ci étant annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale, ce grief est derechef sans objet.
12.
Dans la présente procédure devant le Tribunal fédéral, la recourante obtient gain de cause dans une large mesure. Il se justifie de répartir les frais, par 35'000 fr., à raison de quatre cinquièmes à la charge de l'intimée et d'un cinquième à la charge de la recourante (cf. art. 66 al. 1 LTF). Les dépens, de 40'000 fr., seront alloués dans la même proportion et compensés (cf. art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours en matière civile est partiellement admis.
2.
Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.
3.
L'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale.
4.
Un émolument judiciaire de 35'000 fr. est mis pour un cinquième à la charge de la recourante et pour quatre cinquièmes à celle de l'intimée.
5.
L'intimée versera à la recourante une indemnité de 24'000 fr. à titre de dépens.
6.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des par-ties et à la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg.
Lausanne, le 29 août 2007
Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: