

N° 468098 – Société Forbo Sarlino
N° 468177 – Société Gerflor
N° 468183 – Société Tarkett France

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 19 avril 2023
Lecture du 1^{er} juin 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas Labrune, rapporteur public

Par une décision du 18 octobre 2017, l’Autorité de la concurrence a lourdement¹ sanctionné les sociétés Tarkett France, Forbo Sarlino et Gerflor, intervenant dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation des produits de revêtements de sols, en raison notamment de pratiques anticoncurrentielles ayant pris la forme d’une entente illicite.

Estimant avoir subi un préjudice du fait de ces pratiques, dans le cadre de la construction du nouvel hôpital de Metz en 2006, le centre hospitalier régional de Metz-Thionville a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg, sur le fondement de l’article R. 532-1 du code de justice administrative, de prescrire une expertise économique.

Par une ordonnance du 2 novembre 2021, le juge des référés a fait droit à cette demande. Par une seconde ordonnance du 6 mai 2022², il a ensuite, sur le fondement de l’article R. 532-3 du CJA, partiellement fait droit à la demande dont l’expert l’avait saisi : il a accepté de mettre en cause une nouvelle société mais, en revanche, a refusé d’étendre les opérations d’expertise à toute période utile au motif que tel était déjà le champ de l’expertise qui n’était pas, contrairement à ce qu’avait pu croire l’expert, limité à la seule période allant du 8 octobre 2001 au 22 septembre 2011.

Les sociétés Gerflor, Forbo Sarlino et Tarkett France ont toutes trois relevé appel de ces deux ordonnances, mais par une ordonnance commune du 22 septembre 2022, la présidente de la CAA de Nancy a rejeté les requêtes dirigées contre la première ordonnance du JRTA et a prononcé un non-lieu à statuer sur les requêtes dirigées contre la seconde ordonnance. Chacune des trois sociétés se pourvoit contre cette ordonnance commune de la JRCAA.

Quelques remarques liminaires sont nécessaires avant d’en venir aux moyens de ces pourvois.

¹ Le cumul des sanctions prononcées contre les trois entreprises atteint 302 M€

² A noter, pour être complet, que le juge des référés du TA de Strasbourg était une première fois intervenu sur le fondement de l’article R. 532-3 du CJA, avant son ordonnance du 6 mai 2022 : par une ordonnance du 16 février 2022, il avait partiellement fait droit aux conclusions du centre hospitalier de mettre en cause une nouvelle partie, le mandataire judiciaire d’une des entreprises partie à l’expertise. Mais cette ordonnance du 16 février 2022 n’a pas été contestée

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.

En premier lieu, si votre compétence en cassation ne fait aucun doute, en application de l'article R. 533-3 du CJA, la compétence du juge administratif pour connaître du litige mérite deux mots. Vous savez que, dès lors que le fond du litige est de nature à relever, au moins pour partie, de la compétence de la juridiction administrative, le juge administratif du référé expertise est compétent (TC 17 octobre 1988, *S.A. Entreprise Niay*, n° 2530 bis, p. 495). Nous nous permettons en revanche de vous rappeler qu'en l'espèce, la juridiction administrative serait bien compétente sur l'action au fond envisagée par le centre hospitalier : un litige ayant pour objet l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de sociétés en raison des agissements dolosifs que constitue une entente anti-concurrentielle ressortit bien à la compétence du juge administratif, et ce même si l'action n'est pas dirigée contre l'attributaire du marché (CE, 19 décembre 2007, *Société Campenon-Bernard et autres*, n° 268918, 269280, 269293, p. 507 ; CE, 27 mars 2020, *Société Lacroix Signalisation*, n° 421758, p. 142).

En second lieu, une question de recevabilité mérite que vous vous arrêtiez un instant. C'est celle – que vous pourriez examiner d'office³ – de l'intérêt des sociétés à relever appel de la deuxième ordonnance du JRTA, celle du 6 mai 2022. Vous pourriez en effet estimer qu'au regard du dispositif de cette ordonnance qui, pour l'essentiel, rejette les conclusions de l'expert, les sociétés requérantes n'avaient pas intérêt à relever appel, quelles que soient leurs critiques contre les motifs de cette ordonnance (voyez à cet égard CE Section, 3 février 1999, *Hôpital de Cosne-Cours-sur-Loire*, n° 126687, 142288, p. 14). Il ne nous semble toutefois pas certain qu'il faille appliquer cette règle jurisprudentielle au cas où, comme en l'espèce, il est statué sur une demande présentée par l'expert, qui n'est pas une partie, de voir sa mission étendue ou, à tout le moins, sollicitant des précisions sur le contenu de sa mission, en application de l'article R. 532-3 du code de justice administrative, (CE, 6 décembre 2013, *Société Michel Beauvais et associés et autres*, n° 369460, T. pp.761-772). Nous avons plutôt tendance à penser, en pareil cas, que l'ordonnance répondant à la demande de l'expert forme en quelque sorte un tout indivisible avec la première ordonnance, qu'elle ne fait que compléter et préciser. L'intérêt à faire appel des deux ordonnances successives du juge du référé-expertise devrait donc être apprécié de façon identique. Notons toutefois que vous n'auriez à trancher expressément cette question de recevabilité que si vous entendiez, après cassation, faire droit aux requêtes d'appel dirigées contre l'ordonnance du JRTA du 6 mai 2022. Mais nous vous proposerons tout à l'heure, au contraire, de rejeter au fond ces requêtes ce que, si vous nous suivez, vous pourrez faire sans vous prononcer sur leur recevabilité.

Les autres questions préalables ne présentent pas de difficulté particulière⁴ et nous pouvons donc en venir au fond des pourvois.

³ Rappelons que sont d'ordre public en cassation les moyens qui établissent l'irrecevabilité de la saisine des juges du fond, tirés par exemple de la tardiveté (CE 21 octobre 1959, *A...*, p. 533 ; CE 29 janvier 1964, *B...* p. 63) ou de l'absence de qualité pour saisir la juridiction (CE 8 janvier 1982, *C...*, T. p. 728).

⁴ A propos de la recevabilité des pourvois, on pourrait s'interroger sur le fait que le pourvoi de la société Gerflor a été enregistré plus de 15 jours après l'édition de l'ordonnance attaquée, mais, dès lors que nous n'avons au dossier aucune preuve de la date à laquelle la notification de l'ordonnance est parvenue à la société, il est impossible d'opposer une tardiveté. Par ailleurs, on pourrait également relever que si la recevabilité d'une requête dirigée contre un jugement avant-dire droit se bornant à prescrire une expertise est limitée à la contestation de l'utilité de cette expertise et à la contestation des motifs de ce jugement qui constituent le soutien nécessaire de la mesure d'instruction ordonnée (CE, 10 octobre 2018, *Communauté d'agglomération du bassin de Thau et autres*, n°402975 402983 403052, T. pp. 836-864-869), aucune limitation de ce type n'existe dans le

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Vous pourrez écarter le moyen d'insuffisance de motivation soulevé par la société Forbo Sarlino. Il nous semble en effet que vous pouvez considérer que la présidente de la cour, contrairement à ce qui est soutenu, a bien répondu au moyen de la société tiré de l'inapplicabilité *ratione temporis* des articles L. 481-1 et suivants du code de commerce, créés par l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 : elle a nécessairement écarté ce moyen en faisant application, aux points 7 et 8 de son ordonnance, des dispositions de ces articles, qu'elle a donc nécessairement considéré comme applicables au litige *ratione temporis*.

Le moyen suivant, commun aux trois pourvois, est justement dirigé contre ces points 7 et 8 de l'ordonnance et il pose la question la plus délicate et la plus intéressante de l'affaire. Dans ce passage de l'ordonnance, la présidente de la cour a estimé que l'action au fond que le centre hospitalier envisage d'introduire à l'issue de l'expertise ne serait pas prescrite et qu'ainsi l'expertise n'était pas inutile. Vous savez en effet qu'une demande d'expertise formulée à l'appui de prétentions indemnitaires prescrites ne remplit pas la condition d'utilité posée par l'article R. 532-1 du code de justice administrative (voyez CE, 13 juillet 2011, *ONIAM*, n° 345756, p. 362 ; et, pour l'application de la même solution à une demande d'extension de la mission d'expertise : CE, 11 juillet 2018, *Société Diffazur Piscines*, n° 416635, T. p. 829). Le juge du référé-expertise doit ainsi, nécessairement, prendre parti sur l'exception de prescription opposée par le défendeur (CE, 19 décembre 2008, *M. et Mme D...* n° 314505, T. p. 854).

En l'espèce, la présidente de la cour a fixé le point de départ de la prescription à la date de la décision de l'Autorité de la concurrence, estimant que le centre hospitalier n'avait pas pu avoir avant cette date une connaissance suffisante de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles. Ce point relève de son appréciation souveraine (CE, 22 novembre 2019, *SNCF Mobilités*, n° 418645, T. pp. 603-605-819) et il n'est pas argué de dénaturation. Puis, le point de départ étant fixé, la présidente de la cour a fait application du délai de prescription de 5 ans prévu par l'article L. 482-1 du code de commerce créé par l'ordonnance du 9 mars 2017. Et c'est précisément là ce que lui reprochent les pourvois, sous le timbre de l'erreur de droit⁵ : selon les trois sociétés requérantes, ces dispositions n'étaient pas applicables au litige *ratione temporis*. Les sociétés soutiennent en effet que les dispositions du nouvel article L. 482-1 ne sont applicables qu'aux pratiques anticoncurrentielles postérieures à leur entrée en vigueur. Or les pratiques pour lesquelles elles ont été sanctionnées par l'Autorité de la

cadre de la voie de recours ouverte contre une ordonnance rendue par le juge du référé-expertise. Enfin, les pourvois sont recevables non seulement en tant que les requérants contestent le rejet de leurs appels contre la première ordonnance du JRTA, celle du 2 novembre 2021, mais aussi en tant qu'ils contestent le non-lieu prononcé par le JRCAA sur leurs requêtes contre la deuxième ordonnance du JRTA, celle du 6 mai 2022. En effet, la partie qui n'avait pas formé de conclusions à fin de non-lieu – et c'est bien le cas des sociétés requérantes – est recevable à se pourvoir contre un arrêt de non-lieu (CE 22 juin 2012, *Ministre Intérieur c/ Mme E...*, n°346377, T. p. 952), contrairement à une partie qui avait conclu au non-lieu, qui, quant à elle, est sans intérêt à se pourvoir en cassation contre le jugement qui décide le non-lieu (CE 20 décembre 2011, *Association foncière de remembrement du Pavillon-Sainte-Julie*, n° 321586, T. p. 1107).

⁵ Le moyen est nouveau en cassation en ce qu'il est soulevé par la société Tarkett France. Mais, cela n'enlève rien à son opérance, dès lors qu'il s'agit d'une question de champ d'application de la loi, qui est d'ordre public (CE 9 juin 1958, *société Costa frères et autres*, n° 3565 à 3569, au Recueil p. 325).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

concurrence portent principalement sur la période du 8 octobre 2001 au 22 septembre 2011, soit une période très antérieure à la date d'entrée en vigueur de ces dispositions.

En examinant ce moyen, vous allez ajouter une pierre à l'édifice jurisprudentiel de l'indemnisation des personnes publiques victimes de pratiques anticoncurrentielles, plus particulièrement en apportant un nouvel éclairage sur la question de la prescription, donc. Le terrain sur ce sujet n'est pas vierge puisque vous avez déjà distingué, par votre décision du 22 novembre 2019, *SNCF Mobilités* (n° 418645, T. pp. 603-605-819), trois périodes successives :

- Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, les actions fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle des auteurs de pratiques anticoncurrentielles se prescrivaient par 10 ans à compter de la manifestation du dommage⁶
- Après l'entrée en vigueur de cette loi, la prescription a été régie par les dispositions de l'article 2224 du code civil et son délai est passé à 5 ans
- Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 mars 2017, c'est l'article L. 482-1 du code de commerce qui s'applique, le délai étant toujours de 5 ans.

Dans ce précédent, vous n'avez toutefois fait qu'entrapercevoir, sans la trancher, la question posée par les pourvois et que nous formulerions ainsi : la règle de prescription fixée par le nouvel article L. 482-1 du code de commerce est-elle applicable aux actions indemnitaires fondées sur des pratiques concurrentielles commises et ayant cessé antérieurement à l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions, si les victimes n'ont eu connaissance de ces pratiques et n'agissent que postérieurement à cette entrée en vigueur ?

Il faut, pour répondre à cette question, vous pencher attentivement sur les dispositions du code de commerce issues de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, dispositions qui fixent un nouveau régime contentieux applicable aux actions indemnitaires introduites par les victimes de pratiques anticoncurrentielles, en instituant notamment un aménagement de la charge de la preuve à leur bénéfice et en posant, au nouvel article L. 482-1 du code de commerce, une règle de prescription spécifique⁷.

Cette ordonnance du 9 mars 2017 vise à transposer dans le droit interne les dispositions de la directive⁸ 2014/104/UE du 26 novembre 2014 et ses dispositions transitoires, qui figurent à l'article 12, en portent d'ailleurs la trace.

⁶ En application de l'article 2224 du code civil, du II de l'article 26 de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, de l'article 2270-1 du code civil, en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, des articles L. 481-1 et L. 482-1 du code de commerce et de l'article 12 de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017

⁷ Si le délai de 5 ans est le même que le délai de droit commun, cet article précise notamment que « *la prescription ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé* »

⁸ Signalons qu'un rapport commandé par la commission européenne en 2004 (*Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of CE competition rules*, D. Waelbroeck, D. Slater et G. Even-Shoshan, août 2004) soulignait le « total sous- développement » du contentieux de la réparation des préjudices causés par les ententes anti-concurrentielles en France, et plus généralement en Europe. Comme le soulignent les auteurs d'une récente étude à l'AJDA (*Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif, Enseignements théoriques et pratiques tirés de l'étude du contentieux*, Joëlle Adda, Rafael Amaro, Jean-
Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ce n'est pas tellement le cas du II de cet article 12, qui prévoit que la prescription nouvellement instituée n'a pas vocation à s'appliquer lorsque le délai de prescription est déjà expiré, et que si le cours de la prescription a commencé à courir avant l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition qui a pour effet d'allonger le délai de prescription, il est tenu compte du délai déjà écoulé. Il s'agit là, en réalité, d'un simple rappel de l'application du droit commun prévu à l'article 2222 du code civil.⁹

En revanche, le I de cet article 12 de l'ordonnance fait directement écho à l'article 22 de la directive, qui pose une distinction entre dispositions substantielles et dispositions procédurales : les dispositions de transposition des premières - les dispositions substantielles – « *ne s'appliquent pas rétroactivement* », tandis que les secondes – les dispositions procédurales – peuvent quant à elles s'appliquer aux actions dont une juridiction nationale a été saisie dès lors que la saisine est postérieure au 26 décembre 2014.

Reproduisant ce schéma de l'article 22 de la directive, le I de l'article 12 de l'ordonnance distingue donc deux cas de figure :

- D'une part, les dispositions « procédurales » de l'ordonnance (pour l'essentiel celles portant sur la communication et la production des pièces, qui ont d'ailleurs été précisées par un décret¹⁰) s'appliquent aux instances en cours (mais uniquement aux instances ouvertes à compter du 26 décembre 2014).
- D'autre part, les dispositions « substantielles » de l'ordonnance (conditions de responsabilité, charge de la preuve, mise en place de présomptions, admissibilité d'un mode de preuve) entrent en vigueur seulement à compter du lendemain de la publication de l'ordonnance, soit le 11 mars 2017 et ne sont donc pas applicables aux instances en cours.

Mais le décalque de la directive est nécessairement imparfait, l'appréciation du caractère substantiel ou procédural d'une disposition étant autonome en droit de l'UE et en droit national. De plus, comme a pu l'écrire le Pr Amaro, la *summa divisio* règles procédurales/règles substantielles « *saisit mal la question de la prescription* »¹¹. D'ailleurs, la lecture des dispositions transitoires de l'ordonnance, qui ne mentionnent au demeurant pas spécifiquement le nouvel article L. 482-1, ne permet pas de trancher la question posée par le pourvoi. Un travail d'interprétation est donc nécessaire. Mais ce travail d'interprétation a en réalité déjà été fait par la CJUE.

François Laborde, AJDA 2019 p. 320), c'est la réflexion engagée à la suite de ce rapport sur les moyens de « favoriser l'essor » de ces actions qui aboutira à cette directive de 2014.

⁹ « *La loi qui allonge la durée d'une prescription ou d'un délai de forclusion est sans effet sur une prescription ou une forclusion acquise. Elle s'applique lorsque le délai de prescription ou le délai de forclusion n'était pas expiré à la date de son entrée en vigueur. Il est alors tenu compte du délai déjà écoulé.*

En cas de réduction de la durée du délai de prescription ou du délai de forclusion, ce nouveau délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure. »

¹⁰ Le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

¹¹ « *La cour de justice et les conflits de lois dans le temps* », Rafael Amaro, Recueil Dalloz 2023 p. 98

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Par un premier arrêt du 28 mars 2019, *Cogeco c/Sport TV Portugal et autres*, (aff. C 637-17 - cf. points 24 et suivants), la Cour de Luxembourg a tout d'abord rappelé que la directive interdisait que les dispositions nouvelles de caractère substantiel s'appliquent aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions. Puis, par un deuxième arrêt, du 22 juin 2022, *Volvo AB et DAF Trucks NV contre RM* (C-267/20 ; points 43, 79 et 105), la Cour a qualifié les dispositions relatives à la prescription de dispositions substantielles – ce que les pourvois ne manquent pas de relever - mais elle a réservé à ces dispositions un traitement différent de celui des autres dispositions substantielles de la directive – ce que les pourvois omettent en revanche de préciser. La cour précise en effet à propos de l'article 10 de la directive, relatif à la prescription, que « *relève de son champ d'application temporel un recours en dommages et intérêts qui, bien que portant sur une infraction au droit de la concurrence qui a pris fin avant l'entrée en vigueur de ladite directive, a été introduit après l'entrée en vigueur des dispositions la transposant dans le droit national, dans la mesure où le délai de prescription applicable à ce recours en vertu des anciennes règles ne s'est pas écoulé avant la date d'expiration du délai de transposition de la même directive* ».

Cette solution a pu faire l'objet de critiques de la part des commentateurs, notamment en ce que la Cour semble ainsi se détacher à moitié, mais à moitié seulement, de « *l'encombrante alternative substantiel/procédural* »¹². Par ailleurs, il est possible d'être surpris par le fait que le nouveau délai de prescription s'applique à une action en réparation à condition que cette action ne soit pas déjà prescrite à la date d'expiration du délai de transposition de la directive, soit le 27 décembre 2016, et non pas à la date d'entrée en vigueur des dispositions nationales de transposition, soit dans le cas français le 11 mars 2017¹³.

Mais il n'en reste pas moins que cette solution est celle qu'a posée, de manière très claire, la CJUE. Et, ce faisant, la cour a répondu à la question qui vous est posée dans le présent dossier. Tâchons donc de récapituler, au vu de la jurisprudence de la Cour, les différents cas de figure¹⁴ :

¹² Voir notamment l'étude précitée de Rafael Amaro « La cour de justice et les conflits de lois dans le temps »

¹³ En effet, il résulte de la solution retenue par la CJUE que le nouveau régime contentieux s'appliquera si le délai de prescription résultant des anciennes dispositions vient à échéance entre l'expiration du délai de transposition, le 27 décembre 2016, et la date d'entrée en vigueur des dispositions nationales de transposition (en France, le 11 mars 2017). Cela revient d'une part, à conférer un effet direct horizontal, c'est-à-dire dans un litige entre particuliers, à une directive non encore transposée alors qu'en principe une telle directive n'a pas cet effet, et, d'autre part, à conférer, dans l'hypothèse d'une transposition avec retard comme cela a été le cas en France, une portée rétroactive (toutefois mesurée puisque bornée par la date d'expiration du délai de transposition) à la législation nationale de transposition, quand bien même cette dernière ne l'aurait-elle pas prévue. La rédaction de l'arrêt de la CJUE témoigne d'ailleurs, à cet égard, d'une certaine gêne. Mais cela n'a pas empêché la cour de poser très clairement ce butoir de la date d'expiration du délai de transposition, sans doute pour ne pas faire peser sur la victime de pratiques anticoncurrentielles le retard pris par les Etats-membres pour la transposition de la directive, et par souci de préserver l'effectivité du droit primaire. Notons en tout état de cause qu'en l'espèce, le point de départ de la prescription, souverainement apprécié par les premiers juges, est la date de la décision de l'Autorité de la concurrence du 18 octobre 2017, qui est postérieure à la fois à la date d'expiration du délai de transposition de la directive, le 27 décembre 2016, et à celle de l'entrée en vigueur des dispositions nationales de transposition, le 11 mars 2017. Donc, en toute hypothèse, quel que soit le butoir retenu, l'action envisagée par le centre hospitalier ne pouvait pas être prescrite en application de la législation antérieure.

¹⁴ Pour être complet, relevons aussi que les sociétés requérantes tentent de s'appuyer sur le point 3 de la fiche n°13 de la circulaire de la Chancellerie du 23 mars 2017 présentant l'ordonnance du 9 mars 2017 (NOR :

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Premièrement, en ce qui concerne les actions engagées antérieurement à la date d'entrée en vigueur du nouveau régime contentieux (le 11 mars 2017 donc) :

- si l'action a été engagée avant le 26 décembre 2014, aucune disposition du nouveau régime contentieux ne s'appliquera ;
- si l'action a été introduite à compter du 26 décembre 2014, les dispositions nouvelles « procédurales » s'appliqueront mais pas les nouvelles dispositions « substantielles » (y compris la prescription).

Deuxièmement, en ce qui concerne les actions engagées postérieurement à la date d'entrée en vigueur du nouveau régime contentieux (le 11 mars 2017), il faut distinguer selon la date du fait générateur de l'action (c'est-à-dire des pratiques anticoncurrentielles) :

- si le fait générateur est antérieur à cette entrée en vigueur, s'appliqueront seulement les dispositions nouvelles « procédurales » et la nouvelle règle de prescription (sauf à ce que l'action soit déjà prescrite en application du droit antérieur au jour de l'expiration du délai de transposition de la directive, le 27 décembre 2016), mais ne s'appliqueront pas en revanche les autres nouvelles dispositions « substantielles » ;
- si le fait générateur est postérieur à cette entrée en vigueur, s'appliqueront toutes les dispositions nouvelles, qu'elles soient procédurales ou substantielles, y compris la nouvelle règle de prescription.

Appliquant cette grille au cas d'espèce, vous pourrez relever que, pour l'action indemnitaire envisagée par le centre hospitalier, s'appliqueraient donc les dispositions nouvelles « procédurales » et la nouvelle règle de prescription, mais pas les autres nouvelles dispositions « substantielles »¹⁵. Le nouvel article L. 482-1 du code de commerce, qui fixe la nouvelle règle de prescription, était par conséquent bien applicable au litige, et la présidente de la cour n'a pas commis l'erreur de droit qui lui est reprochée.

Les trois moyens suivants se rattachent au bien-fondé de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a rejeté les requêtes d'appel dirigées contre la première ordonnance du JRTA, celle du 2 novembre 2021, qui a prescrit l'expertise. Ils vous retiendront bien moins longtemps.

Les sociétés requérantes soutiennent en premier lieu que la présidente de la cour aurait commis une erreur de droit et une erreur de qualification juridique des faits, ou, à tout le moins, dénaturé les pièces du dossier, en jugeant que seules des questions de fait ont été confiées à l'expert alors que des questions de droit lui auraient été soumises, en dépit de l'interdiction posée par une jurisprudence constante (CE, 11 mars 1996, *SCI du domaine des Figuières*, n° 161112, p. 71 ; CE, 16 décembre 1996, *Société Stan*, n° 164656, p. 494).

JUSC1708788C). Mais ce point 3 de la circulaire s'applique « pour toutes les autres dispositions de l'ordonnance », c'est-à-dire celles qu'elle n'avait pas déjà traité au point 2 précédent. Or ce point 2 porte précisément sur la nouvelle règle de prescription

¹⁵ Cette action serait engagée après le 11 mars 2017, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de transposition. La prescription n'est pas acquise en application des règles antérieures à la date d'expiration du délai de transposition de la directive, le 27 décembre 2016, puisqu'elle n'a commencé à courir qu'avec la décision de l'Autorité de la concurrence du 18 octobre 2017. Enfin, les pratiques anticoncurrentielles en cause, quant à elles, remontent à avant le 11 mars 2017, date d'entrée en vigueur du nouveau régime contentieux.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Les sociétés requérantes contestent l'appréciation portée par la présidente de la cour au point 10 de son ordonnance et reprennent pour cela certains des 12 points de l'article 1^{er} de l'ordonnance du JRTA, en s'appuyant sur l'ambiguïté que recèle à leurs yeux certains termes, notamment lorsqu'il est demandé à l'expert au 1^o de déterminer le montant du préjudice « non contestable » ou, aux 1^o, 2^o et 4^o, de déterminer l'existence d'un surcoût et sa répercussion sur le client final. Mais en réalité, l'expert ne doit pas se prononcer sur la réalité du préjudice non plus que sur son caractère non sérieusement contestable, mais seulement chiffrer son montant. De la même façon, il n'est en réalité pas demandé à l'expert de déterminer le lien de causalité entre le préjudice et la faute invoquée mais bien seulement de réunir des éléments matériels chiffrés. Vous pourrez donc écarter les critiques.

En deuxième lieu, la société Gerflor reproche à la présidente de la cour d'avoir jugé que l'expertise sollicitée présentait un caractère d'utilité à son l'égard alors qu'elle n'est pas intervenue sur le chantier du nouvel hôpital. Mais, ce moyen, pris sous l'angle de la dénaturation, n'est pas sérieux, l'ordonnance n'affirmant pas que la société Gerflor aurait participé au chantier. Le moyen n'est pas non plus fondé sous l'angle de l'erreur de droit puisque vous jugez qu'une personne publique victime, dans le cadre d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, est en droit de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire (CE, 12 octobre 2020, *Société Mersen et autres*, n°432981 433423 433477 433563 433564, T. pp. 638-822-990).

Enfin, en troisième lieu, la société Tarkett France articule une critique en quatre branches contre le fait que la présidente de la cour ait jugé que l'expertise sollicitée était utile alors qu'elle est selon elle frustratoire

Rappelons que vous vous en remettez à l'appréciation souveraine des juges du fond quant au caractère utile d'une expertise (CE, 14 février 2017, *Mme F...*, n° 401514, T. p. 731 ; CE, 10 octobre 2018, *Communauté d'agglomération du bassin de Thau et autres*, n°402975 402983 403052, T. pp. 836-864-869). Outre celui de l'erreur de droit, votre contrôle se limite donc à la dénaturation. Et l'utilité d'une mesure d'instruction ou d'expertise qu'il est demandé au juge des référés d'ordonner doit être appréciée, d'une part, au regard des éléments dont le demandeur dispose ou peut disposer par d'autres moyens et, d'autre part, bien que ce juge ne soit pas saisi du principal, au regard de l'intérêt que la mesure présente dans la perspective d'un litige principal, actuel ou éventuel, auquel elle est susceptible de se rattacher (nous citons là votre décision du 27 juillet 2022, *Mme G...*, n° 459159, à mentionner aux Tables, qui a complété et précisé la jurisprudence *Mme H...* que nous venons de citer).

Venons-en, donc, aux quatre critiques de Tarkett. Il est tout d'abord soutenu que le centre hospitalier aurait pu de lui-même avoir recours à un expert. Mais la présidente de la cour a justement tenu compte de cet élément dans son raisonnement, son ordonnance en témoigne. Et elle a pu à bon droit estimer que cela ne privait pas pour autant d'utilité une expertise ordonnée par le juge des référés. Il ne fait en effet guère de doute qu'une expertise

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

contradictoire ordonnée par le juge n'aura pas le même poids, dans le cadre d'une future action en indemnisation, qu'une expertise à laquelle le centre hospitalier aurait procédé de sa propre initiative sans le concours de toutes les parties intéressées. Tarkett soutient en deuxième lieu que l'expert avait reçu mission d'établir la réalité du préjudice et non seulement son quantum mais, comme nous vous l'avons dit précédemment, nous pensons au contraire que la mission confiée à l'expert ne portait que sur des questions factuelles et non pas sur des questions de droit. En troisième lieu, s'il est soutenu que le centre hospitalier disposerait des éléments et des ressources nécessaires pour évaluer lui-même son préjudice, on ne saurait reprocher à la cour une dénaturation à avoir estimé utile de missionner un expert : outre qu'il est contestable que le CH ait vraiment eu toutes les informations nécessaires, évaluer précisément le préjudice lié à des pratiques anticoncurrentielles est tout sauf évident, à tel point qu'un guide pratique établi à ce propos par la Commission européenne¹⁶, a défini pas moins de six grandes méthodes d'évaluation. Difficile de penser dans ces conditions que le recours à un expert soit superflu. Enfin, en quatrième et dernier lieu, Tarkett fait valoir que le CH n'avait pas encore décidé s'il allait ou pas engager une action au fond mais, comme nous vous l'avons rappelé, il suffit, pour qu'elle soit utile, que la mesure d'expertise puisse se rattacher à un litige principal simplement éventuel.

Venons-en, désormais, aux deux derniers moyens, qui ont trait au bien-fondé de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a prononcé un non-lieu à statuer sur les requêtes d'appel dirigées contre l'ordonnance du JRТА du 6 mai 2022, c'est-à-dire sa seconde ordonnance, celle qui n'a que partiellement fait droit à la demande de l'expert de modifier le périmètre des parties et celui de sa mission.

Vous pourrez écarter le premier de ces moyens sans difficulté. Les trois pourvois reprochent en effet à la présidente de la cour, sous le timbre de l'erreur de droit et de la dénaturation, d'avoir jugé que, par sa seconde ordonnance, du 6 mai 2022, le JRТА n'avait pas étendu la mission de l'expert au-delà de la période définie par sa première ordonnance, du 2 novembre 2021, et au-delà de ce que demandait le centre hospitalier. Comme nous vous le disions en introduction, dans cette seconde ordonnance, du 6 mai 2022, le JRТА a retenu une interprétation large de son ordonnance initiale, considérant qu'elle ne limitait pas la mission de l'expert à une période déterminée mais qu'elle portait au contraire sur toute période utile. Et c'est ainsi qu'il a rejeté la demande d'extension de mission de l'expert – qui n'avait, compte tenu de cette interprétation, pas d'objet. Nous ne croyons pas que cette interprétation large de l'ordonnance initiale aurait dû être censurée par la JRCAA. L'argumentation de la demande initiale du centre hospitalier devant le JRТА et les motifs de l'ordonnance initiale du 2 novembre 2021 peuvent certes être cause de confusion dans la mesure où ils semblent centrés sur un seul des trois griefs retenus par l'Autorité de la concurrence pour sanctionner les sociétés requérantes, à savoir l'entente illicite pendant la période allant du 8 octobre 2001 au 22 septembre 2011. Mais la conclusion du mémoire du centre hospitalier était plus large, puisqu'elle ne faisait pas référence à ce grief spécifique, non plus qu'à une période

¹⁶ Voir la communication de la commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne C 167/19 du 13 juin 2013 et la communication de la Commission sur les orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects (2019/C 267/07).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

déterminée. Et tel est également le cas du dispositif de l'ordonnance du 2 novembre 2021. Nous ne voyons donc aucune erreur de droit ni aucune dénaturación à avoir estimé que, depuis l'ordonnance initiale, la mission de l'expert couvre toute période utile et toutes les pratiques anticoncurrentielles sanctionnées par l'Autorité de la concurrence.

Au bénéfice de cette interprétation large de l'ordonnance initiale, la JRCAA aurait logiquement dû conclure que les critiques tirées de ce que la seconde ordonnance du JRTAA aurait élargie la mission de l'expert étaient infondées et, par conséquent, rejeter les conclusions d'appel dirigées contre cette seconde ordonnance. Mais, curieusement, au lieu de rejeter ces conclusions, la présidente de la cour a constaté un non-lieu à statuer. Ce qui nous semble erroné comme le soutiennent à juste titre, dans leurs pourvois, les sociétés Forbino Sarlino et Gerflor. La société Tarkett France, quant à elle, n'avait initialement pas soulevé ce moyen. Mais votre 7^e chambre l'a communiqué aux parties, sur le fondement de l'article R. 611-7 du code de justice administrative et nous pensons en effet qu'est d'ordre public le moyen tiré de ce que le juge du fond a prononcé à tort un non-lieu à statuer.

Nous relevons, tout d'abord, que vous avez déjà jugé, dans le cadre d'une procédure de référé, que le moyen « symétrique », tiré de ce que le premier juge aurait dû prononcer un non-lieu et ne l'a pas fait, est d'ordre public en cassation (CE, 10 juillet 2006, *Région Guadeloupe*, n°290017, T. pp. 932-1015). Notons que le fichage de cette décision précise que le caractère d'ordre public de ce moyen tient à ce qu'il « touche à l'office du juge ». Et notons aussi qu'il ne nous semble pas qu'il faille, en matière de non-lieu, faire preuve de l'asymétrie dont vous faites preuve en matière de recevabilité : si l'irrecevabilité de la saisine des juges du fond est d'ordre public en cassation¹⁷, contrairement au moyen tiré de ce que ces juges auraient à tort opposé cette irrecevabilité¹⁸, c'est parce qu'il serait inadmissible que le juge modifie l'état du droit en accueillant des conclusions qu'il n'aurait pas dû examiner. En matière de non-lieu, au contraire, il nous semble que le juge méconnaît autant son office en prononçant à tort un non-lieu qu'en omettant à tort de le faire.

Nous observons, ensuite, que le moyen tiré de qu'un tribunal administratif a prononcé à tort un non-lieu à statuer¹⁹ est d'ordre public en appel (CE 24 avril 1981, *Mme I...*, n° 10813, T. pp. 677-682-686-689-728). Or, comme le relevait le Pdt Dacosta dans ses conclusions sur une décision du 4 juin 2014²⁰, « si la notion de moyen d'ordre public n'est pas nécessairement identique en appel et en cassation, il nous paraît cohérent d'appliquer le même traitement contentieux, qu'elle soit commise en première instance ou en appel, à une erreur de raisonnement juridique qui relève d'un registre particulier, puisqu'elle a pour conséquence de faire produire des effets de droit à des considérations qui ne devraient avoir aucune portée utile pour la résolution du litige ». C'est bien pour cette raison qu'en matière d'office du juge et de questions préalables – tout particulièrement en matière d'irrecevabilité²¹ - on observe un alignement, quant aux moyens d'ordre public, entre cassation et appel.

¹⁷ En cas de tardiveté, voir CE 21 octobre 1959, *A...* p. 533, CE 29 janvier 1964, *B...*, p. 63 ; en cas d'absence de qualité pour saisir la juridiction, voir CE 8 janvier 1982, *C...*, T. p. 728

¹⁸ CE 15 avril 1996, *J...*, T. p. 1130 ; CE 11 décembre 1998, *K...*, p. 477

¹⁹ Ce faisant, le TA entache son jugement d'irrégularité et le juge d'appel statue par la voie de l'évocation (CE, 28 avril 1972, *Sieur L...*, n° 79838, T. p. 1208)

²⁰ CE, 4 juin 2014, *Société Opilo et Société EURL Paris Plage*, n° 368254 368427, T. pp. 817-826

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ainsi, tant par parallélisme que par symétrie, nous pensons que vous pouvez relever d'office dans le 3^e dossier le moyen déjà soulevé dans les deux premiers pourvois, moyen que la société Tarkett s'est au demeurant approprié dans le dernier mémoire qu'elle a produit. Et, accueillant ce moyen, vous annulerez donc l'article 2 de l'ordonnance attaquée, par lequel la présidente de la cour a prononcé à tort un non-lieu.

C'est dans la mesure de cette cassation très partielle que vous pourrez régler les affaires au titre de la procédure de référé engagé, ce qui ne vous posera guère de difficultés, aucun des moyens d'appel contre la seconde ordonnance du JRJA n'étant fondé. En effet, ainsi que nous vous l'avons dit, depuis l'ordonnance initiale du 2 novembre 2021, la mission de l'expert couvre toute période utile ainsi que l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées par l'Autorité de la concurrence et, en ordonnant cela, le JRJA n'a pas été au-delà de ce que demandait le centre hospitalier. Par ailleurs, le premier juge n'a pas étendu la mission de l'expert, celle-ci étant, dès le début, fort large. Et, enfin, il n'a confié à l'expert aucune question de droit.

PCMNC :

- à l'annulation de l'article 2 de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet du surplus des conclusions des trois pourvois et au rejet des requêtes présentées devant la CAA de Nancy par les trois sociétés requérantes ;
- à ce que les trois sociétés requérantes versent chacune la somme de 3000 € au centre hospitalier régional de Metz-Thionville au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

²¹ De la même façon que sont d'ordre public en cassation les moyens qui établissent l'irrecevabilité de la saisine des juges du fond (cf note 14), sont d'ordre public en appel les moyens tirés de l'irrecevabilité de la demande au premier juge (CE, Section, 19 janvier 1973, *Ministre du développement industriel et scientifique c/Sieur M...*, n°86548, p. 45 ; CE, 13 mars 2013, *Département de Tarn-et-Garonne c/ Epoux N...*, n°339943, T. pp. 759-788-805). A l'inverse, la solution selon laquelle n'est pas d'ordre public en cassation le moyen tiré de ce que les premiers juges auraient à tort opposé cette irrecevabilité (cf note 15), transpose une solution d'abord affirmée pour le juge d'appel (CE 5 mai 1976, *O...*, T. p. 1081 et CE 23 décembre 1987, *P...*, T. p. 891)

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.