

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MELUN**

N°1604935

SOCIÉTÉ LACHAUX PAYSAGE

Mme Vosgien
Rapporteuse

Mme Champenois
Rapporteuse publique

Audience du 18 octobre 2018
Lecture du 8 novembre 2018

39-05-01-03
39-05-02
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Melun
(2^{ème} chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés le 10 juin 2016, le 13 février 2017 et les 11 janvier et 26 avril 2018, la société Lachaux Paysage, représentée par l'association CCL Avocats, demande au tribunal :

1°) de condamner la commune de Maisons-Alfort à lui verser la somme de 51 649,54 euros au titre des pénalités indûment retenues sur les factures de son marché relatif à l'entretien, la maintenance et les travaux courants des espaces verts et des espaces libres de la ville ou, à titre subsidiaire, la somme retenue après modulation du montant de ces pénalités, assortie des intérêts moratoires au taux contractuel avec capitalisation annuelle de ceux-ci, ainsi que la somme de 40 euros au titre de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Maisons-Alfort la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les nouvelles pénalités appliquées par la commune dans sa réponse du 12 avril 2016 au mémoire en réclamation portant sur les pénalités initialement appliquées par courrier du 15 février 2016, sans justification sur les motifs l'ayant conduite à modifier ces pénalités, sont contraires à l'obligation de bonne foi et de loyauté que doivent respecter les parties dans leurs relations contractuelles ; l'article 37-3 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de service (CCAG-FCS), qui se borne à fixer le délai accordé au pouvoir adjudicateur pour répondre à un mémoire en

réclamation, ne prévoit pas la possibilité de modifier des pénalités sans en justifier, la finalité des pénalités étant de produire un effet dissuasif afin de contraindre le cocontractant d'exécuter les prestations et non de faire peser sur lui une menace financière mettant en péril son existence pendant plusieurs années ; l'application de ces pénalités postérieurement au terme de leurs relations contractuelles atteste du manque de loyauté de la commune dans leurs relations contractuelles ;

- elle est fondée à demander la condamnation de la commune à lui verser au minimum la somme de 46 841,67 euros, correspondant au montant des pénalités auxquelles elle a expressément renoncé dans la réponse à son mémoire en réclamation, et comprenant la pénalité pour la problématique de « pelouse sèche » sur les talus du cours des Juilliottes à hauteur de 38 500 euros et la pénalité pour absence pendant la période du 19 au 31 décembre 2015 à hauteur de 8 341,67 euros ;

- dans la mesure où la commune a accepté et réglé l'ensemble des factures pour la partie forfaitaire du marché jusqu'en octobre 2015, sans procéder à des modifications ou appliquer de pénalité dans le mois au cours duquel les manquements auraient été constatés, elle ne peut appliquer postérieurement la moindre pénalité sur ces paiements partiels, qui ont acquis un caractère définitif dès leur règlement en vertu de l'article 92 du code des marchés publics et de l'article 3-3.4.2 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché ; le changement de rédaction du CCAG-FCS entre sa version en vigueur en 1976 et 2009 est sans incidence dès lors qu'en l'absence de décompte final comme dans les marchés publics de travaux, les pénalités doivent nécessairement être imputées au fur et à mesure sur les factures ou décomptes mensuels ; il s'agit des pénalités pour le résultat non concluant du désherbage fait semaine 18, pour le retard dans l'arrosage des plantations et pour l'absence de l'équipe d'entretien le 15 mai 2015 ; ces prestations relatives à la partie forfaitaire du marché ne peuvent faire l'objet de retenues sur des factures correspondant à des prestations à bons de commande ; elle devra ainsi être déchargée de la somme totale de 222 414,42 euros ;

S'agissant des pénalités retenues dans le courrier du 15 février 2016 :

- en infligeant la pénalité de 200 euros pour le résultat non concluant du désherbage fait semaine 18, ainsi que les pénalités pour absences de l'équipe d'entretien les 15 mai, 23 octobre, 12, 13 et 30 novembre 2015, la commune a entendu appliquer la pénalité prévue à l'article 4-4.3 du CCAP pour le « non maintien en l'état de la propreté des sites », alors que le résultat non concluant du désherbage ne peut s'analyser comme un manquement à cette obligation de maintien en bon état de propreté des sites au regard de la définition de la prestation de nettoyage fixée à l'article 3-3 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP), les absences de l'équipe d'entretien n'entrent pas davantage dans le champ d'application de ces stipulations, comme l'a reconnu la commune dans son courrier du 12 avril 2016, ces pénalités n'ont pas été précédées d'une mise en demeure et la commune n'établit pas la réalité des faits reprochés alors que l'équipe d'entretien et/ou de ramassage des déchets étaient bien présentes aux dates considérées, elle a effectué la prestation de désherbage conformément à ses obligations contractuelles comprenant le désherbage manuel et le retrait des arbustes morts, le résultat « non concluant » de cette prestation ne lui est pas imputable car il résulte de l'état initial d'un massif au droit duquel le désherbage a eu lieu, qui a été signalé par elle lors de la réunion du 13 mars 2015 et aurait nécessité une rénovation pour laquelle elle a proposé un devis resté sans réponse de la commune ;

- la pénalité de 5 775 euros infligée pour le retard dans l'arrosage des plantations est irrégulière dès lors que la commune ne justifie pas de l'existence d'un calendrier détaillé d'exécution contractuel au regard duquel le retard aurait dû être constaté conformément à l'article 4-4.1 du CCAP, celui produit en défense correspondant au calendrier indicatif remis dans le cadre de son offre, ni de la réalité des faits reprochés et du nombre de jours de retard retenus ; la plantation des végétaux ligneux en mottes ou en racines nues doit s'effectuer entre le

15 octobre et le 15 avril 2015 conformément aux règles de l'art et au fascicule 35 du cahier des clauses techniques générales (CCTG) applicable au marché ; or, un retard dans la fourniture des végétaux par la commune l'a contrainte à procéder à leur plantation entre le 7 avril et le 30 juin 2015 ; cette plantation tardive et l'été caniculaire de 2015, qui sont les causes exclusives de l'état de souffrance des plantations, ne lui sont pas imputables ; la commune aurait dû prendre en compte le montant exact de la prestation en retard et non la totalité du montant hors taxe de la partie forfaitaire du marché pour l'assiette de calcul de cette pénalité conformément à l'article 4-4.1 du CCAP ;

S'agissant des pénalités retenues dans le courrier du 12 avril 2016 :

- la commune ne pouvait se fonder sur la pénalité de retard prévue par l'article 4-4.1 du CCAP pour sanctionner à hauteur de 141 165,20 euros le « résultat non concluant du désherbage fait semaine 18 » dès lors que la prestation a été effectuée en temps utile et que le reproche de la commune porte sur le résultat de cette prestation et non le retard dans sa réalisation ; elle ne pouvait davantage appliquer une telle pénalité sans justifier d'un calendrier détaillé d'exécution contractuel, celui produit en défense correspondant au calendrier indicatif remis dans le cadre de son offre, sans justifier au minimum des dates contractuelles de démarrage et d'échéance de la prestation, qui ne peuvent résulter des seules mentions des comptes rendus de réunion, et sans établir la réalité du manquement reproché ; le procès-verbal de constat d'huissier produit en défense ne mentionne pas la présence d'arbustes morts ; le résultat « non concluant » du désherbage ne lui est pas imputable ; la commune aurait dû prendre en compte le montant exact de la prestation « retrait des arbustes » considérée comme en retard pour l'assiette de calcul de cette pénalité ;

- la pénalité de retard de 74 432, 56 euros pour le retard dans l'arrosage des plantations est irrégulière pour les mêmes motifs que ceux exposés pour la même pénalité appliquée dans le courrier du 15 février 2016 ; la commune ne pouvait pas appliquer la pénalité de retard prévue à l'article 4-4.1 du CCAP alors qu'il ressort du courrier du 12 avril 2016 que ce n'est pas tant un retard dans la réalisation de la prestation que l'état de souffrance des plantations qui lui est reproché ; il n'est pas justifié de la réalité du retard et de l'absence d'arrosage des plantations du 14 avril au 17 août 2015, qui ne ressort ni des comptes-rendus de réunion ni du constat d'huissier ; elle a alerté la commune au cours du mois d'avril 2015 des motifs pour lesquels il n'était pas recommandé d'arroser les semis afin d'éviter de forcer la germination des graines, à charge pour la commune de confirmer ou non son souhait d'arrosage ; il n'est pas établi que le prétendu résultat non satisfaisant de levée du gazon résulterait d'un défaut d'arrosage ; la plantation tardive des végétaux ligneux au regard des règles de l'art et l'été caniculaire de 2015, qui sont les causes exclusives de l'état de souffrance des plantations, ne lui sont pas imputables ; elle n'était tenue qu'à une obligation de moyen visant au maintien d'une bonne végétation sur l'ensemble des espaces verts conformément à l'article 3-4-3 du CCTP ; la commune aurait dû prendre en compte le montant exact de la prestation « arrosage des plantations » considérée comme en retard pour l'assiette de calcul de cette pénalité ;

- la commune ne justifie pas du non respect du calendrier détaillé d'exécution contractuel prévu à l'article 4-4.1 du CCAP ; aucun délai d'exécution n'est prévu par l'article 1-4.11 du CCTP ; l'absence de l'équipe sur une seule journée ne peut automatiquement s'analyser comme un retard dans l'exécution des prestations au regard de ce calendrier ; aucune absence ne peut lui être reprochée le lundi 30 novembre 2015 dès lors que l'ouverture des squares ne lui incombait que du mardi au vendredi ; la commune aurait dû prendre en compte le montant exact de la prestation considérée comme en retard, soit une journée de prestation au prorata du forfait stipulé dans son acte d'engagement, pour l'assiette de calcul de cette pénalité ;

- à titre subsidiaire, compte tenu du montant exorbitant des pénalités infligées qui représentent, aux termes du courrier du 15 février 2016, 27,96 % du montant hors taxe forfaitaire du marché fixé à 192 500 euros, et 113,67% de ce montant aux termes du courrier du

12 avril 2016, elle est fondée à demander que soit fait usage du pouvoir de modération du juge administratif, subordonné au seul constat du caractère manifestement excessif des pénalités, pour que leur application en soit écartée ou leur montant réduit ;

- elle est fondée à réclamer les intérêts moratoires sur les sommes dues au titre des cinq dernières factures de son marché à hauteur de 51 649,54 euros sur la base du taux fixé aux articles 8 et 9 du décret du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique ; la clause prévue à l'article 3-3.4.2 du CCAP fixant un taux inférieur doit être réputée non écrite car contraire aux dispositions réglementaires d'ordre public ;

- elle est fondée à solliciter l'indemnité forfaitaire de recouvrement de 40 euros prévue par les mêmes dispositions du décret du 29 mars 2013.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 23 novembre 2016 et les 5 janvier, 12 mars et 27 avril 2018, la commune de Maisons-Alfort, représenté par la SELARL Horus Avocats, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Lachaux Paysage une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle a procédé à l'application de pénalités dans son courrier du 12 avril 2016 à la suite du mémoire en réclamation de la société requérante en tenant compte de ses observations dans le strict respect des stipulations de l'article 4-4 du CCAP et de l'article 37 du CCAG-FCS, qui ne peut constituer un acte de déloyauté ; le principe de loyauté des relations contractuelles consacré par la jurisprudence a seulement pour but de concilier les exigences de légalité avec la stabilité nécessaire aux relations contractuelles en empêchant les parties de soulever toute sorte d'irrégularité dans le seul but de voir le contrat annulé et son application écartée dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat ; le cocontractant d'une personne publique ne peut s'en prévaloir pour l'application de pénalités prévues au contrat ;

- en matière de fournitures et de services, le CCAG-FCS, dans sa version en vigueur depuis 2009, applicable au marché, ne restreint plus la période pendant laquelle les pénalités peuvent être appliquées ; en l'absence de stipulations contraires du marché, le pouvoir adjudicateur peut décider d'infliger des pénalités en fin de contrat même si le paiement des prestations a été accepté dès lors que les prestations ont été exécutées avec du retard ; le règlement partiel ne devient définitif qu'à la seule condition de la réalisation complète des prestations prévues au contrat ; le caractère intangible du décompte général en matière de marchés publics de travaux est inopérant et ne peut être appliqué au régime des paiements partiels définitifs ; l'article 3-3.4.2 ne concerne que les travaux d'aménagement et de maintenance qui sont des prestations à bons de commande ;

- s'agissant de la pénalité au titre du désherbage, seule l'exécution complète de la prestation est de nature à empêcher l'application de pénalités de retard, ce qui n'est pas le cas ; elle a sollicité l'intervention du titulaire pour cette prestation prévue la semaine 18, soit du 27 avril au 1^{er} mai 2015, comme en atteste le procès-verbal de réunion du 24 avril 2015 ; l'exécution défectueuse et partielle de cette prestation a été constatée lors de la réunion du 13 mai 2015 et malgré les rappels lors des réunions suivantes jusqu'à la réunion du 18 décembre 2015, la société ne s'est pas conformée à ses obligations alors qu'elle n'a à aucun moment contesté les comptes-rendus de réunion ni émis la moindre réserve ; le calendrier détaillé d'exécution du marché signé le 20 octobre 2014 par la société prévoyait une opération de désherbage manuel tous les 20 jours pour les massifs d'arbustes et les 9 jours pour les massifs de vivaces ; en soutenant que le mauvais état du massif au droit duquel avait lieu le désherbage empêchait de procéder au désherbage manuel, la société reconnaît ne pas avoir réalisé

l'intégralité de la prestation à sa charge ; elle était également tenue de procéder au retrait des arbustes morts conformément à l'article 4-3.2 du CCTP alors que le constat d'huissier évoque la persistance d'orties, d'herbes sauvages et de ronces sur le massif situé à proximité du lycée Delacroix dont le développement incontrôlé a conduit à l'asphyxie et l'extinction des arbustes ; elle n'a pas donné suite à la proposition de prestation complémentaire dès lors que le CCTP prévoyait déjà la possibilité d'intensifier la réalisation de cette prestation ; l'inexécution de la prestation dans son intégralité est donc établie au vu des comptes rendus de réunion et des constats d'huissier des 23 et 26 juin 2015, pour la période du 13 mai au 18 décembre 2015, justifiant une pénalité de 220 jours de retard pour ce motif ;

- s'agissant de la pénalité au titre du retard dans l'arrosage des plantations, la réalisation partielle ou défectueuse de cette prestation est de nature à justifier l'application de pénalités de retard ; la société titulaire n'a pas exécuté cette prestation conformément aux stipulations contractuelles de l'article 3-4.4 du CCAP qui fixe la fréquence d'arrosage des arbres, arbustes et rosiers de moins d'un an à une à deux fois par semaine, de l'article 5.2.2 du CCTP prévoyant la réfection totale du gazon par semis avec arrosage, peu importe les préconisations de la société sur la levée naturelle du gazon, et du calendrier détaillé d'exécution qui prévoyait l'arrosage des massifs d'arbustes tous les 12 jours et celui des massifs de vivaces tous les 6 jours ; elle a alerté la société les 14, 15 et 16 avril 2015 de la nécessité de procéder à l'arrosage des plantations qui venaient d'être effectuées par elle, caractérisant des retards dans l'exécution de cette prestation dès le 14 avril 2015 ; les comptes rendus de réunion ainsi que le constat d'huissier attestent que la prestation d'arrosage n'a été que partielle jusqu'au 7 août 2015 ; la titulaire n'a émis aucune réserve en dépit des relances et s'est bornée à indiquer ne pas avoir de main d'œuvre suffisante pour y procéder ; elle n'établit pas non plus avoir renforcé son personnel comme elle s'était engagée à le faire par courriel du 22 avril 2015 ; la circonstance que la plantation des végétaux a été tardive est sans incidence dès lors qu'il avait été décidé d'une plantation en conteneurs qui pouvait être réalisée toute l'année et l'été 2015 n'a pas été caniculaire ; l'exécution partielle et défectueuse de la prestation d'arrosage, qui est à l'origine de l'état de sécheresse ayant affecté les végétaux, est donc établie du 14 avril au 7 août 2015, justifiant une pénalité de 114 jours de retard pour ce motif ;

- s'agissant de la pénalité au titre des absences de l'équipe d'entretien, le délai d'exécution qui s'imposait à la société pour l'ouverture des squares était celui fixé par arrêté municipal affiché à l'entrée de chaque parc et qu'elle ne pouvait ignorer ; elle était tenue d'être présente le lundi 30 novembre 2015 pour effectuer la prestation d'entretien et de ramassage des déchets même si elle n'avait pas à procéder à l'ouverture des squares ce jour-là ; les absences des équipes de la société chargées de la réalisation des prestations d'entretien et de l'ouverture des squares conformément à ses obligations contractuelles sont établies les 15 mai, 23 octobre, 12, 13 et 30 novembre 2015, comme en attestent les comptes-rendus de réunion ou les courriels adressés par la société pour l'informer de ces absences ;

- l'assiette retenue pour le calcul des pénalités est conforme aux stipulations de l'article 4.1.1 du CCAP qui imposait de distinguer les prestations forfaitaires de celles à bons de commande ; l'ensemble des prestations concernées par les pénalités étant comprises dans la partie forfaitaire du marché, le montant de la partie des prestations en retard correspondait au montant hors taxe annuel de la partie forfaitaire du marché ;

- à titre subsidiaire, le pouvoir de modération des pénalités par le juge administratif n'est admis qu'en présence de circonstances exceptionnelles, ce qui n'est pas le cas en l'espèce compte tenu de l'importance des retards de la société justifiant le montant des pénalités appliquées ; le caractère excessif de pénalités ne résulte pas uniquement d'une comparaison avec le montant total du marché mais doit également prendre en compte le motif de ces pénalités et la gravité du préjudice subi par la collectivité.

Un mémoire présenté pour la société Lachaux Paysage a été enregistré le 17 août 2018 et n'a pas été communiqué.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code civil ;
- la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ;
- la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière ;
- le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique ;
- l'arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Vosgien, rapporteure,
- les conclusions de Mme Champenois, rapporteure publique,
- et les observations de Me Le Cadet, représentant la société Lachaux Paysage, et de Me Michel, représentant la commune de Maisons-Alfort.

Une note en délibéré présentée pour la commune de Maisons-Alfort a été enregistrée le 23 octobre 2018.

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Maisons-Alfort a confié, par un acte d'engagement du 8 décembre 2014, un marché relatif à l'entretien, la maintenance et les travaux courants des espaces verts et des espaces libres de la ville à la société Lachaux Paysage, pour une durée d'un an à compter du 1^{er} janvier 2015 renouvelable deux fois. Par un courrier du 6 juillet 2015, la commune a informé le titulaire qu'elle ne souhaitait pas reconduire son marché à l'issue de la première période annuelle le 31 décembre 2015. Par un second courrier du 15 février 2016, la commune a décidé de lui appliquer des pénalités de retard s'élevant à la somme totale de 53 816,67 euros en ne procédant pas au mandatement des dernières factures restant dues en exécution du marché à hauteur de 51 649,54 euros. La société requérante a alors, par deux courriers successifs des 17 mars et 8 avril 2016, formé un mémoire en réclamation afin de contester lesdites pénalités qui a été rejeté par la commune par un courrier du 12 avril suivant par lequel celle-ci a décidé, au vu des observations de sa cocontractante, de porter le montant des pénalités à une somme totale de 218 806,06 euros. La société requérante a adressé à la commune un second mémoire en réclamation le 2 juin 2016 afin de contester le nouveau montant et le bien-fondé de ces pénalités. Par sa requête, la société Lachaux paysage demande de condamner la commune de Maisons-Alfort à lui verser la somme de 51 649,54 euros au titre des pénalités indûment retenues sur les factures de son marché ou, à titre subsidiaire, la somme retenue après

modulation du montant de ces pénalités, ainsi que la somme de 40 euros au titre de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement.

Sur les pénalités de retard et le règlement du marché :

En ce qui concerne l'application du contrat :

2. Lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel. Le cocontractant ne peut se prévaloir de la méconnaissance par l'autre partie du principe de loyauté des relations contractuelles au motif qu'elle aurait mis tardivement à sa charge des pénalités de retard qui résultent de la mise en œuvre de stipulations convenues entre les parties.

3. La société Lachaux Paysage soutient que la commune aurait méconnu son obligation de bonne foi et de loyauté dans les relations contractuelles en décidant de lui appliquer des pénalités de retard le 15 février 2016, soit postérieurement au terme de son marché le 31 décembre 2015, et en modifiant et augmentant le montant desdites pénalités dans sa réponse à son mémoire en réclamation le 12 avril 2016, alors que ni les pièces particulières du marché ni l'article 37-2 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de fournitures et de services (CCAG-FCS) auquel le marché se réfère ne prévoient cette possibilité. Toutefois, il résulte des principes énoncés au point précédent que la société requérante ne peut se prévaloir de la méconnaissance par la commune du principe de loyauté des relations contractuelles au motif qu'elle aurait mis tardivement à sa charge des pénalités de retard qui résultent, en l'espèce, de la mise en œuvre des stipulations de l'article 4-4 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché. Il ne ressort, par ailleurs, d'aucune stipulation du marché, ni d'aucune disposition de l'article 37-2 du CCAG-FCS, qui a pour seul objet de prévoir l'obligation d'envoi d'un mémoire en réclamation par le titulaire en cas de différend avec la personne publique et le délai fixé à celle-ci pour y répondre, l'interdiction pour la personne publique de modifier ou d'augmenter le montant des pénalités initialement appliquées dans la réponse au mémoire en réclamation du titulaire, notamment au vu des observations de celui-ci. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu, pour ces motifs, d'écarter l'application du contrat dans le présent litige.

En ce qui concerne le caractère définitif des paiements faisant obstacle à l'application de pénalités de retard :

4. Aux termes de l'article 92 du code des marchés publics, alors en vigueur : *« Constitue un règlement partiel définitif un règlement non susceptible d'être remis en cause par les parties après son paiement, notamment lors de l'établissement du solde. / Les marchés de travaux ne donnent pas lieu à des règlements partiels définitifs. / Les acomptes n'ont pas le caractère de paiements non susceptibles d'être remis en cause. »*. Aux termes de l'article 11 du CCAG-FCS : *« (...) 11.6.1. La remise d'une demande de paiement intervient : / - soit aux dates prévues par le marché ; / - soit après l'admission des prestations, conformément aux stipulations du marché ; / - soit au début de chaque mois pour les prestations effectuées le mois précédent, dans le cas des prestations qui s'effectuent de façon continue. / (...) / 11.7. Acceptation de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur : / Le pouvoir adjudicateur accepte ou rectifie*

la demande de paiement. Il la complète, éventuellement, en faisant apparaître les avances à rembourser, les primes et les réfections imposées. / Il arrête le montant de la somme à régler et, s'il est différent du montant figurant dans la demande de paiement, il le notifie ainsi arrêté au titulaire. / 11.8. Paiement pour solde et règlements partiels définitifs : / 11.8.1. La demande de paiement est adressée au pouvoir adjudicateur après la décision d'admission. / La demande de paiement peut, également, donner lieu à un règlement partiel définitif des prestations fournies, dans le cas où les documents particuliers du marché ont prévu des paiements à l'issue de l'exécution de certaines parties des prestations prévues par le marché. / (...) / 11.8.3. En cas de contestation sur le montant des sommes dues, le pouvoir adjudicateur règle les sommes qu'il a admises. ». Aux termes de l'article 25 de ce cahier : « (...) 25.1. Admission : / Le pouvoir adjudicateur prononce l'admission des prestations, sous réserve des vices cachés, si elles répondent aux stipulations du marché. L'admission prend effet à la date de notification au titulaire de la décision d'admission ou en l'absence de décision, dans un délai de quinze jours à dater de la livraison. / (...) / 25.2. Ajournement : / 25.2.1. Le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il estime que des prestations ne peuvent être admises que moyennant certaines mises au point, peut décider d'ajourner l'admission des prestations par une décision motivée. Cette décision invite le titulaire à présenter à nouveau au pouvoir adjudicateur les prestations mises au point, dans un délai de quinze jours. / (...) / 25.3. Réfaction : / Lorsque le pouvoir adjudicateur estime que des prestations, sans être entièrement conformes aux stipulations du marché, peuvent néanmoins être admises en l'état, il peut les admettre avec réfaction de prix proportionnelle à l'importance des imperfections constatées. / (...) / 25.4. Rejet : / 25.4.1. Lorsque le pouvoir adjudicateur estime que les prestations ne peuvent être admises en l'état, il en prononce le rejet partiel ou total. (...) ».

5. L'article 3-3.4 du CCAP du marché litigieux prévoit que son montant est décomposé en une part à prix global et forfaitaire applicable aux opérations d'entretien et de maintenance courante des espaces verts pour lesquelles les décomptes mensuels seront établis sur la base du montant annuel fixé à l'acte d'engagement divisé par 12 mois, et une part à bons de commande pour les travaux d'aménagement des espaces verts dont les décomptes seront établis, selon leur durée, mensuellement ou à l'achèvement des travaux concernés. Cet article précise également que « *le paiement de chaque décompte est considéré comme paiement partiel définitif. Il n'est pas établi de décompte final à l'expiration du marché* ». Ces dernières dispositions relatives au caractère de paiement partiel définitif des décomptes, comme celles relatives aux modalités de règlement des décomptes qui y font suite, s'appliquent, contrairement à ce que soutient la commune, et eu égard à leur formulation générale, à l'ensemble des décomptes du marché, y compris les décomptes mensuels relatifs à l'entretien courant des espaces verts de la partie forfaitaire du marché.

6. Il résulte de la combinaison des dispositions précitées qu'en l'absence de décompte final du marché, le paiement des décomptes mensuels présentés par le titulaire relatifs à l'entretien courant des espaces verts acquiert le caractère de paiement partiel définitif qui ne peut faire l'objet d'une remise en cause ultérieure. Il résulte de l'instruction que la commune a procédé au règlement de chaque décompte mensuel relatif à l'entretien courant des espaces verts présenté par la société requérante pour la période du 1^{er} janvier au 30 septembre 2015 inclus, sans prendre aucune décision de réfaction ou de rejet des prestations y afférentes. Dès lors, la commune ne pouvait ultérieurement au règlement de ces décomptes remettre en cause ces prestations en appliquant des pénalités de retard pour l'absence de l'équipe d'entretien le 15 mai 2015 et pour le défaut d'arrosage du 14 avril au 7 août 2015, qui ont bien trait à l'entretien courant des espaces verts. S'agissant de la pénalité afférente au désherbage non concluant le long du lycée Delacroix, si la commune a pu indiquer qu'il s'agissait d'un manquement aux obligations contractuelles qu'elle imputait à la semaine 18, soit du 27 avril au

1^{er} mai 2015, il ressort du courrier du maire du 12 avril 2016, confirmé par les différents comptes-rendus de réunion produits au dossier, qu'elle a entendu pénaliser un retard dans l'exécution de cette prestation de façon continue du 13 mai au 18 décembre 2015. Ainsi, pour les mêmes motifs que précédemment, les pénalités appliquées à ce titre jusqu'en septembre 2015 inclus, soit sur 141 jours, ont été réclamées de façon tardive alors que le règlement des décomptes mensuels sur cette période faisait obstacle à la remise en cause ultérieure de ces prestations.

En ce qui concerne le surplus des pénalités :

7. Aux termes de l'article 14.1 du CCAG-FCS : « *14.1.1. Les pénalités pour retard commencent à courir, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en demeure, le lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations est expiré, sous réserve des stipulations des articles 13.3 et 20.4. (...)* ». Il ne ressort ni de l'article 4-4 du CCAP du marché relatif aux pénalités ni d'aucune autre stipulation contractuelle que les parties aient entendu déroger aux dispositions précitées du CCAG-FCS en prévoyant que les pénalités de retard doivent être précédées d'une mise en demeure. Dès lors, la société requérante ne peut utilement soutenir que les pénalités de retard, qui lui ont été infligées sans mise en demeure préalable, seraient irrégulières pour ce motif.

8. Par ailleurs, si la société Lachaux Paysage soutient que la commune ne pouvait lui infliger, dans son courrier du 15 février 2016, la pénalité prévue à l'article 4-4.3 du CCAP pour le « non maintien en l'état de la propreté des sites » à raison des absences de l'équipe d'entretien qui n'entrent pas dans le champ d'application de ces stipulations mais de celles de l'article 4-4.1 relatif aux pénalités de retard dans l'exécution des prestations, il ressort des termes mêmes du courrier de réponse de la commune à son mémoire en réclamation le 12 avril 2016, que celle-ci a finalement retenu ce dernier fondement pour lui infliger lesdites pénalités.

S'agissant du bien-fondé de la pénalité relative au désherbage non concluant du 1^{er} octobre au 18 décembre 2015 :

9. Le CCTP prévoit, notamment en ses articles 4-3.2 et 4-3.5, un entretien par désherbage manuel régulier s'agissant des arbustes ne couvrant pas le sol ou le laissant apparent, deux à trois désherbages manuels destinés à limiter le développement des herbes visibles, un arrachage des adventices sarmenteuses ou non, indésirables une à deux fois par an, et un ramassage des produits d'arrachage de désherbage s'il y a lieu avec évacuation en décharge s'agissant des arbustes couvrant le sol, ainsi qu'un désherbage des plantes couvre-sol, vivaces et des surfaces minérales et le retrait systématique de tout arbuste ou végétal mort.

10. Il résulte de l'instruction, notamment des comptes-rendus de réunions bimensuelles entre la commune et la société titulaire du marché, établis à compter du 13 mai 2015 et jusqu'au 18 décembre 2015, que la commune a relancé en vain sur toute cette période la société requérante concernant le désherbage sur le massif situé le long du lycée Delacroix, qui, en dépit d'une première intervention de la société au cours de la semaine 18, soit du 27 avril au 1^{er} mai 2015, n'a été effectué que de manière incomplète, notamment en ce qui concerne le retrait des arbustes morts et la taille des lierres. Si le constat par voie d'huissier du 23 juin 2015 ne constate pas la présence d'arbustes morts sur la parcelle litigieuse, il est néanmoins relevé la présence de lierre entremêlé aux branchages des arbustes, d'herbes hautes, d'orties, d'herbes sauvages et de ronces entremêlées aux massifs. Si la société requérante fait valoir qu'en mars 2015, elle avait signalé à la commune que le désherbage manuel classique ne permettrait pas de traiter correctement ce massif compte tenu de son état particulièrement dégradé,

nécessitant une prestation complémentaire sur devis, elle n'apporte aucun élément de nature à apprécier la réalité de cet état de fait alors que la commune n'a cessé de la relancer, ce qui confirme que le désherbage demandé conformément aux stipulations contractuelles n'était pas fait. Il y a, dès lors, lieu de retenir ce manquement et, par suite, ce retard dans la prestation pour la période du 1^{er} octobre au 18 décembre 2015, comme établis. La commune était, par suite, fondée à appliquer une pénalité à raison de 79 jours de retard à ce titre.

S'agissant du bien-fondé de la pénalité relative à l'absence de l'équipe d'entretien le 23 octobre 2015 pour l'ouverture du jardin des cinq sens :

11. L'article 1-4.11 du CCTP prévoit que l'entreprise est tenue de procéder à l'ouverture des portes du jardin des cinq sens, du square Chabert et du square du SSIAP du mardi au vendredi inclus. Il résulte de l'instruction, et notamment des échanges de courriels entre les parties le 23 octobre 2015, qui était un vendredi, que les services de la commune ont alerté l'entreprise ce jour-là de son absence pour l'ouverture du jardin des cinq sens, auxquels celle-ci a répondu en indiquant que son personnel était en formation. Si la requérante invoque l'absence de précision des horaires d'ouverture du parc dans le CCTP, elle ne conteste pas les affirmations de la commune selon lesquelles lesdits horaires d'ouverture, susceptibles d'être modifiés par décision unilatérale du maire, ne figurent pas dans le contrat mais sont fixés par arrêté municipal affiché à l'entrée de chaque parc, alors même qu'il ne résulte pas de l'instruction que cette circonstance ait causé des difficultés pour l'exécution de cette prestation pendant les neuf mois précédents. Par ailleurs, la requérante ne saurait utilement arguer de ce qu'elle n'a méconnu aucun calendrier d'exécution, tel que prévu par l'article 4-4.1 du CCAP pour l'application des pénalités de retard, dès lors que le contenu et la fréquence de réalisation de cette prestation étaient définis de manière suffisamment précise au CCTP et ne nécessitaient pas un tel calendrier pour son exécution. En revanche, la commune n'était pas fondée à sanctionner ce manquement par l'application de pénalités de retard alors qu'il constitue une inexécution complète de la prestation, qui aurait dû le cas échéant faire l'objet d'une réfaction sur le montant mensuel forfaitaire de l'entretien courant des espaces verts pour le mois d'octobre 2015.

S'agissant du bien-fondé des pénalités relatives aux absences de l'équipe d'entretien les 12, 13 et 30 novembre 2015 :

12. Les articles 3-3 et 4-1 et suivants du CCTP prévoient que l'entrepreneur doit, au titre des prestations mensuelles de nettoyage et d'entretien courant des espaces verts, assurer notamment le ramassage et l'évacuation des objets, déchets, papiers et déjections canines tous les lundis, vendredis et avant chaque jour férié, l'entretien et le maintien en état de propreté permanent du sol et des plantes couvre-sol et vivaces, le soufflage « régulier » des feuilles mortes en période automnale avec évacuation en décharge, le nettoyage complet des surfaces minérales avant les week-ends, la taille des inflorescences tout au long de l'année, l'enlèvement systématique de toute végétation nuisible sur les murs et grillages, ainsi que le curage des caniveaux et regards « aussi souvent que nécessaire afin d'éviter l'engorgement des canalisations ». Le calendrier détaillé d'exécution produit par la commune, qui est daté et signé par la société requérante et a valeur contractuelle en tant que pièce constitutive de l'offre du titulaire au sens de l'article 2-1 du CCAP, confirme que l'entreprise devait être présente les 12, 13 et 30 novembre 2015. Or, il résulte de l'instruction, et notamment du compte rendu de réunion du 6 novembre 2015, qui n'a fait l'objet d'aucune observation ou réserve de la société requérante, que les absences de l'équipe d'entretien les 12 et 13 novembre 2015 sont établies, celui-ci mentionnant que « l'entreprise sera fermée les 12 et 13 novembre 2015. Le ramassage des papiers et l'ouverture des squares seront effectués durant ces deux jours. Par contre, l'équipe d'entretien ne sera pas présente sur la ville ». De même, l'absence de l'équipe d'entretien le

30 novembre 2015 est établie par la production par la commune d'un courriel émanant du conducteur de travaux de la société Lachaux Paysage qui indique que « suite à la mauvaise circulation notre équipe ne sera pas présente ce jour ». Ces absences ont nécessairement engendré un retard dans l'exécution des prestations d'entretien des espaces verts, alors même que la présence de l'entreprise était contractuellement prévue ces trois jours-là conformément au calendrier détaillé d'exécution du marché. La commune était, par suite, fondée à appliquer une pénalité à raison de trois jours de retard à ce titre.

S'agissant du calcul des pénalités :

13. L'article 4.1.1 du CCAP prévoit pour les pénalités de retard la formule suivante : $P = V \times R / 300$, dans laquelle P est le montant de la pénalité, V est le montant en prix de base, hors variations de prix et hors TVA, de la partie des prestations en retard ou de l'ensemble de la prestation si le retard d'exécution d'une partie rend l'ensemble inutilisable, et R est le nombre de jours de retard. La commune a pris en compte pour l'assiette de calcul des pénalités litigieuses le montant global annuel de la partie forfaitaire du marché relative à l'entretien courant des espaces verts soit, le montant de 192 500 euros hors taxes. Tout d'abord, il convient de relever que les retards sanctionnés par les pénalités retenues ci-dessus sont tous afférents aux prestations d'entretien courant des espaces verts, dont le forfait annuel fait l'objet, ainsi qu'il a été dit au point 5, de décomptes forfaitaires mensuels sans qu'il ne soit possible d'isoler une ou plusieurs parties des prestations affectées de retard. Par ailleurs, la formule qui consiste à diviser par 300 le montant des prestations considérées en retard multiplié par le nombre de jours de retard, revient à ramener ce montant au nombre de jours travaillés par an, et correspond déjà à une forme de proratisation journalière de ce montant annuel. Dès lors, et contrairement à ce que soutient la requérante, la commune était fondée, pour calculer le montant des pénalités litigieuses, à retenir pour la valeur V le montant global annuel de la partie forfaitaire du marché relative à l'entretien courant des espaces verts, soit le montant de 192 500 euros hors taxes.

14. Il résulte de ce qui précède, et par application de la formule contractuelle exposée au point précédent, que la commune de Maisons-Alfort est fondée à retenir sur le solde du marché de la société Lachaux Paysage le montant des pénalités retenues plus haut à raison de 82 jours de retard, soit la somme totale de 52 616,67 euros.

En ce qui concerne la modulation du montant des pénalités :

15. Les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus. Elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi. Si, lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations. Lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge. Il lui appartient de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux

caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif. Au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif.

16. Il résulte des principes exposés au point précédent, et alors même que la société requérante n'apporte pas à l'appui de ses conclusions tendant à la modulation du montant des pénalités qui lui ont été infligées, d'éléments comparatifs, que le montant des pénalités finalement retenu à hauteur de 52 616,67 euros, qui représente plus d'un quart du montant annuel de la partie forfaitaire du marché relative à l'entretien courant des espaces verts, apparaît manifestement excessif au regard du montant du marché. Eu égard à la nature comme à l'ampleur des retards et, notamment, à la surface qui n'a pas été désherbée près du lycée Delacroix, qui correspond à 1,5 % des surfaces totales à entretenir, il y a lieu de réduire le montant total des pénalités dues par la société requérante à la somme de 10 000 euros.

17. Il résulte de tout ce qui précède, et dès lors qu'il n'est pas contesté que la commune n'a pas réglé jusqu'à ce jour plusieurs factures émises par la société requérante à hauteur d'un montant total de 51 649,54 euros, dont il convient de déduire la somme de 10 000 euros au titre des pénalités de retard litigieuses, qu'il y a lieu de condamner la commune de Maisons-Alfort à verser à la société Lachaux Paysage la somme de 41 649,54 euros.

Sur les intérêts et leur capitalisation :

18. D'une part, l'article 3-3.4.2 du CCAP prévoit que le taux des intérêts moratoires dus en cas du dépassement du délai de paiement, fixé à trente jours, est l'intérêt au taux légal majoré de deux points. Ainsi que le fait valoir la requérante, ces stipulations dérogent au taux fixé par l'article 8 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, applicable à la date conclusion du contrat et aux termes duquel : « *I. Le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage. Les intérêts moratoires courent à compter du jour suivant l'échéance prévue au contrat ou à l'expiration du délai de paiement jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse. (...)* ».

19. D'autre part, aux termes de l'article 67 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, toujours en vigueur : « *Dans le cadre des marchés publics, y compris les travaux sur mémoires et achats sur factures, est réputée non écrite toute renonciation au paiement des intérêts moratoires exigibles en raison du défaut, dans les délais prévus, soit du mandatement des sommes dues, soit de l'autorisation d'émettre une lettre de change-relevé, soit du paiement de celle-ci à son échéance./ La présente disposition est applicable à toute clause de renonciation conclue à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.* ».

20. Il résulte de ce qui précède que les parties ne peuvent déroger contractuellement aux dispositions précitées de l'article 8 du décret du 20 mars 2013, qui sont d'ordre public. Il y a lieu, dès lors, d'écarter en l'espèce l'application de la clause, réputée non écrite, de l'article 3-3.4.2 du CCAP et de retenir le taux fixé par les dispositions précitées du décret du 20 mars 2013, soit celui du taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses

opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage.

21. La société Lachaux Paysage a, ainsi, droit aux intérêts moratoires au taux fixé par le décret du 20 mars 2013 correspondant à l'indemnité de 41 649,54 euros, à compter du 16 mars 2016, soit le lendemain de l'expiration du délai de paiement fixé à trente jours à compter du 15 février 2016, date à laquelle la commune est réputée avoir eu connaissance des factures présentées par le titulaire, dans son courrier de réponse appliquant les pénalités sur celles-ci.

22. La capitalisation des intérêts peut être demandée à tout moment devant le juge du fond, même si, à cette date, les intérêts sont dus depuis moins d'une année. En ce cas, cette demande ne prend toutefois effet qu'à la date à laquelle, pour la première fois, les intérêts sont dus pour une année entière. La capitalisation des intérêts a été demandée le 10 juin 2016. Il y a donc lieu de faire droit à cette demande à compter du 16 mars 2017, date à laquelle était due, pour la première fois, une année d'intérêts, ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date.

Sur l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement :

23. Aux termes de l'article 40 de la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière : « *Le retard de paiement donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par décret. / Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de cette indemnité forfaitaire, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification. / L'indemnité forfaitaire et l'indemnisation complémentaire sont versées au créancier par le pouvoir adjudicateur.* ». Aux termes de l'article 9 du décret du 29 mars 2013 susmentionné : « *Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement est fixé à 40 euros.* ».

24. En vertu des dispositions précitées, il y a lieu de condamner la commune de Maisons-Alfort à verser à la société Lachaux Paysage la somme de 40 euros au titre de l'indemnité forfaitaire de recouvrement due de plein droit en cas de dépassement du délai de paiement.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

25. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société Lachaux Paysage, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement de la somme que la commune de Maisons-Alfort demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. Il y a lieu en revanche de mettre à la charge de la commune de Maisons-Alfort une somme de 1 500 euros à verser à la société Lachaux Paysage sur le fondement des mêmes dispositions.

D É C I D E :

Article 1^{er} : La commune de Maisons-Alfort est condamnée à verser à la société Lachaux Paysage une somme de 41 649,54 euros, assortie des intérêts moratoires au taux fixé par

le décret du 20 mars 2013 à compter du 16 mars 2016. Les intérêts échus à la date du 16 mars 2017 puis à chaque échéance annuelle à compter de cette date seront capitalisés à chacune de ces dates pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 2 : La commune de Maisons-Alfort est condamnée à verser à la société Lachaux Paysage une somme de 40 euros au titre de l'indemnité forfaitaire de recouvrement.

Article 3 : La commune de Maisons-Alfort versera à la société Lachaux Paysage une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.