

*Directeur honoraire*  
**Jacques Ghestin**  
*Professeur émérite*  
*de l'Université Paris 1*  
*Panthéon-Sorbonne*

BIBLIOTHÈQUE  
DE DROIT  
PRIVÉ  
TOME 619

*Dirigée par*  
**Guillaume Wicker**  
*Professeur*  
*à l'Université*  
*de Bordeaux*

# LA PRÉROGATIVE CONTRACTUELLE

---

---

Léa Molina

*Préface de*  
*Laurent Aynès*

*Prix de thèse de la Revue des contrats*  
*Prix de thèse André Isoré de la Chancellerie des universités de Paris*

**LGDJ**

un savoir-faire de  
**Lextenso**



*Directeur honoraire*  
**Jacques Ghestin**  
*Professeur émérite*  
*de l'Université Paris 1*  
*Panthéon-Sorbonne*

BIBLIOTHÈQUE  
DE DROIT  
PRIVÉ  
TOME 619

*Dirigée par*  
**Guillaume Wicker**  
*Professeur*  
*à l'Université*  
*de Bordeaux*

# LA PRÉROGATIVE CONTRACTUELLE

---

**Léa Molina**

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

*Préface de*  
**Laurent Aynès**

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Prix de thèse de la Revue des contrats  
Prix de thèse André Isoré de la Chancellerie des universités de Paris

Bibliothèque de droit privé fondée par Henry Solus  
Professeur honoraire à la Faculté de droit  
et des sciences économiques de Paris

**LGDJ** un savoir-faire de  
**Lextenso**



© 2022, LGDJ, Lextenso

1, Parvis de La Défense

92 044 Paris La Défense Cedex

[www.lgdj-editions.fr](http://www.lgdj-editions.fr)

ISBN : 978-2-275-10845-2 ISSN : 0520-0261

Thèse retenue par le Comité de sélection de la Bibliothèque de droit privé  
présidé par Guillaume WICKER et composé de :

Mireille BACACHE

*Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

Dominique BUREAU

*Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas*

Cécile CHAINAIS

*Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas*

Dominique FENOUILLET

*Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas*

Laurence IDOT

*Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas*

Thierry REVET

*Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

Pierre SIRINELLI

*Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*



## REMERCIEMENTS

À mon Directeur de thèse, Monsieur Laurent Aynès, qui m'a fait bénéficier de sa connaissance encyclopédique du droit, de son expérience, de son temps, de sa finesse d'esprit et de sa franchise. Je sais ma chance, qu'il sache ma gratitude.

À mes amis du Panthéon, Patrick, Thomas, Antoine, Frédéric, Julia, Maxime, Étienne, Benoît, Rémi, Garance, Scarlett et les autres, grâce auxquels j'ai tant appris et tant ri. Tous m'ont apporté une aide précieuse. Que Garance Cattalano et Scarlett-May Ferrié trouvent ici l'expression de ma profonde reconnaissance pour leurs relectures, leurs conseils, leur soutien et leur générosité.

À Marion Beaufiles, dont la curiosité et l'amitié ont fait de nos échanges une discussion ininterrompue depuis tant d'années qui a, sans nul doute, influencé ce travail.

À Margaux Griffon et Emma Karam-Leder dont la rigueur des corrections est à la hauteur de l'affection que je leur porte.

À mes parents qui m'ont transmis le goût de l'enseignement et appris, entre bien d'autres choses, qu'écrire est la meilleure « façon de parler sans être interrompu »<sup>1</sup>.

À Jean, surtout, pour avoir rendu ces six années de thèse heureuses.

---

1. Jules Renard, *Journal*.



## PRÉFACE

Le terme « prérogative » est emprunté au droit public, qui s'emploie à contenir la puissance de l'État afin de l'assujettir à l'intérêt général. Il désigne le pouvoir de gouverner le citoyen par décision unilatérale, pouvoir qui est l'apanage de la puissance publique ; le signe même de cette puissance. La prérogative évoque le surplomb, une position dominante qui permet d'ordonner et de se faire obéir.

Apposer l'adjectif « contractuelle » au terme « prérogative » relève de la provocation. N'est-ce pas vouloir marier l'eau et le feu ? Le contrat est le lieu du consentement ; il se noue entre des personnes égales, libres et capables qui déterminent par l'exercice de leur volonté leur comportement futur. Le contrat est ennemi de la contrainte, de la force, de l'assujettissement.

Traditionnellement, l'unilatéral est la négation du contractuel. Les parties en contractant ont accepté d'abdiquer leur liberté d'action ; une fois conclu, le contrat est la loi des parties : il s'impose à elles, son exécution est le simple déploiement de cette loi, que les parties le veuillent encore ou non. Dans les beaux temps d'une utopie vaguement socialisante, que certains solidaristes avaient voulu naguère ressusciter, on disait même que le contrat, comme une entrée en religion, créait une petite communauté entre les parties, dans laquelle la satisfaction de l'intérêt individuel devait s'effacer devant l'intérêt commun, communautaire même. Le contrat devait neutraliser, dans son domaine, les appétits individuels.

À y regarder de plus près, cette vision idéale est à cent lieues de la réalité. Si le contrat n'était pas d'abord fait pour servir l'intérêt propre des parties, aurait-il prospéré, non seulement dans les rapports entre individus, mais aussi dans les relations inter-étatiques et même dans celles de l'administration avec les administrés ? Comment serait-il devenu une alternative efficace à la violence s'il devait impliquer pour les parties le sacrifice de leur intérêt ? Et puis, n'est-il pas vrai que le contrat, de la formation à l'exécution, n'est composé que d'actes unilatéraux, soutenus par la volonté individuelle de l'agent ? Loin d'être une abdication, le contrat est une consécration : c'est parce qu'il sert l'intérêt individuel, différent, de chacune des parties qu'il est conclu et exécuté ; chacune des parties a intérêt à son exécution et sait qu'il sert aussi l'intérêt de l'autre. La vertu du contrat est seulement de rendre le comportement de l'autre, qui demeure unilatéral, prévisible, parce qu'il l'a promis. Il n'y a donc pas d'opposition entre le contractuel et l'unilatéral ; le contractuel est un unilatéral promis, et c'est en cela que le contrat est un instrument de prévision.

Or, comme l'action de l'homme se déploie dans une dimension qu'il ne maîtrise pas pleinement, l'avenir, la réalisation de la promesse est affectée,

essentiellement, d'une indétermination, variable en fonction de l'emprise sur l'avenir qu'il entend réaliser : contrat instantané ou successif, de courte ou de longue durée, contrat translatif ou contrat-alliance... Cette incertitude ne met pas en cause la force obligatoire, contrairement à ce que l'on a longtemps cru, dans le sillage de l'arrêt *Canal de Craponne*. Elle avoue seulement que l'homme n'est pas tout-puissant, quoi qu'en dise la loi. Affronté à la réalité des circonstances, le sort de la promesse pourrait être abandonné à un juge ou un arbitre. Dans un monde civilisé, on peut aussi le confier – du terme « confiance » – à chacune des parties. C'est ici qu'apparaît la prérogative contractuelle, en contrepoint des droits et obligations librement convenus, pour reprendre les termes de l'arrêt *Les Maréchaux*.

L'exercice d'un pouvoir, par essence unilatérale, dans le cours de l'exécution du contrat est un phénomène connu et étudié depuis une cinquantaine d'années. Il a d'abord été accueilli avec méfiance, comme une manifestation de l'arbitraire, une brèche dans le régime contractuel, tolérable mais dans de strictes limites. Puis avec la généralisation jurisprudentielle – réaliste donc – de la rupture unilatérale, le caractère exceptionnel de l'unilatéral s'atténue, jusqu'à devenir ordinaire avec la fixation unilatérale du prix. La réforme du Code civil l'accueille largement.

Il restait à en faire une théorie générale, dégagée de tout dogmatisme. C'est là l'œuvre de Léa Molina.

Suivant une méthode éprouvée de la science juridique, la mise en évidence de la notion précède l'exposé de son régime. Il fallait expliquer pourquoi la prérogative juridique est non seulement compatible avec le contrat, mais encore indispensable à celui-ci. Ce qui impliquait de repérer, au milieu des nombreuses manifestations de l'unilatéralisme, celles qui sont l'exercice d'un droit au service de la finalité du contrat. Cet exercice de classement, puis de regroupement et de sélection, pour parvenir à l'unité d'une catégorie juridique, est mené avec l'humilité du chercheur qui se laisse enseigner par la réalité. On parvient ainsi à une définition unitaire de la prérogative : le pouvoir de décider une modification du contrat – le lien lui-même ou son contenu – qui s'impose à l'autre partie. C'est un droit subjectif appartenant à la catégorie des droits potestatifs, dont la légitimité repose sur un principe d'adaptation du contrat, qu'impose à la force de la promesse l'étirement du contrat dans le temps. Comme celle d'un pont, la longue portée du contrat appelle la souplesse ; à défaut le contrat risque la stérilité, le pont se brise. Naturellement, cette *potestas* est légitime pour autant qu'elle n'élude pas l'engagement initial (prohibition de la condition potestative) et n'est pas un instrument d'exploitation de l'assujetti (contrat d'adhésion).

Quant au régime de la prérogative contractuelle, l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi y trouve son déploiement naturel, mais une bonne foi dont la source et la mesure sont la prévisibilité que sert la promesse ; de là les exigences de motivation et de préavis. Viennent enfin les conséquences de l'exercice irrégulier d'une prérogative contractuelle, où la nullité joue le rôle d'un remède ultime.

Léa Molina offre un instrument d'analyse et de maîtrise précieux qui marque, de l'avis unanime des membres du jury, une étape décisive dans la compréhension de l'unilatéralisme dans le contrat. Elle nous débarrasse de l'idée naguère si commune qu'unilatéral signifie arbitraire. Son parti est celui de la confiance, une

confiance raisonnée et raisonnable, à rebours de la méfiance envers l'unilatéral qui inspire tant de commentaires.

Une bonne thèse est le chef-d'œuvre d'un compagnon : il montre le savoir-faire de son auteur et lui permet d'être qualifié de docteur. Une grande thèse est un ouvrage qui, s'appuyant sur l'état de la recherche, fait avancer la science juridique, pour le bonheur des juristes, mais surtout dans l'intérêt des usagers du droit.

La thèse de Léa Molina est l'une et l'autre.

Laurent AYNÈS

*Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*



## LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Adde</i>	Ajouter
AJ Contrat	Actualité juridique du contrat
AJDI	Actualité juridique droit immobilier
Al.	Alinéa
Arch. philo. dr.	Archives de philosophie du droit
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
BGB	<i>Bürgerlicher Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
Ch.	Chambre
Civ.	Civil(e)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Contrat conc. consom.	Contrat Concurrence Consommation
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
Dir.	Direction
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Droit des sociétés
Éd.	Édition
Égal.	Également
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JCP E	La semaine juridique, édition entreprises et affaires
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JCP N	La semaine juridique, édition notariale et immobilière
JORF	Journal officiel de la République française

LPA	Les Petites Affiches
N°	Numéro
Not.	Notamment
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
P.	Page
Préf.	Préface
Posf.	Postface
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Rappr.	Rapprocher
RDC	Revue des contrats
Répert. dr. civ.	Répertoire de droit civil
Répert. proc. civ.	Répertoire de procédure civile
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev.	Revue
Rev. rech. Jur.	Revue de la recherche juridique – droit prospectif
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
V.	Voir
Vol.	Volume

# SOMMAIRE

## INTRODUCTION

### **PARTIE 1** **EXISTENCE DE LA PRÉROGATIVE CONTRACTUELLE**

#### **Titre 1 : Notion de prérogative contractuelle**

Chapitre 1. Définition de la prérogative contractuelle

Chapitre 2. Nature juridique de la prérogative contractuelle

#### **Titre 2 : Admission de la prérogative contractuelle**

Chapitre 1. Le permis

Chapitre 2. L'interdit

### **PARTIE 2** **EXERCICE DE LA PRÉROGATIVE CONTRACTUELLE**

#### **Titre 1 : L'exercice régulier de la prérogative contractuelle**

Chapitre 1. La titularité de la prérogative contractuelle

Chapitre 2. La bonne foi

#### **Titre 2 : L'exercice irrégulier de la prérogative contractuelle**

Chapitre 1. Les sanctions de l'exercice

Chapitre 2. La critique de l'exercice

## CONCLUSION GÉNÉRALE



# INTRODUCTION

1. « C'est ton nom seul qui est mon ennemi [...] Qu'y a-t-il dans un nom ? La fleur que nous nommons la rose sentirait tout aussi bon sous un autre nom »<sup>1</sup>. Croyant y voir un ennemi du contrat, le législateur moderne, réformant le droit des obligations<sup>2</sup>, n'a pas osé donner son nom au mécanisme qu'il consacrait pourtant en creux : la prérogative contractuelle. Si elle n'apparaît nulle part, elle se lit en filigrane à de nombreux endroits. Des pouvoirs unilatéraux sont reconnus aux contractants par le biais de dispositions spécifiques. Résiliation unilatérale, détermination unilatérale du prix, clause résolutoire, résolution par notification... les illustrations ne manquent pas<sup>3</sup>. Le législateur, sans la nommer, nous parle d'elle. C'est encore la prérogative qu'on entrevoit lorsque le législateur entreprend d'encadrer le déséquilibre significatif que créerait une clause contractuelle<sup>4</sup>. Son nom n'est pas dit mais qui mieux qu'elle est à même d'engendrer un tel déséquilibre ? De ces mécanismes exhale l'effluve de la prérogative contractuelle sans jamais qu'elle soit désignée. Consacrée comme notion de droit positif par l'arrêt *Les Maréchaux*, la prérogative contractuelle a fait une entrée fracassante en droit français qui n'a pas manqué d'être commentée<sup>5</sup>. Des colloques lui ont été dédiés<sup>6</sup>. Pourtant, sa consécration laisse un goût d'inachevé car cette

---

1. W. SHAKESPEARE, *Roméo et Juliette*, 1597, Acte II, scène 2.

2. Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations. Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations.

3. Art. 1211, 1164, 1165, 1226, 1225 C. civ.

4. Art. 1171 C. civ.

5. Cass. com. 10 juil. 2007, n° 06-14.768, *Les Maréchaux*, *Bull. civ.* IV n° 188 ; *D.* 2007. 1955, X. DELPECH ; F. ROME, « Contrat et bonne foi : l'été sera chaud » (édito), *D.* 2007. 2017 ; *D.* 2007. 2764, R. SALOMON ; *D.* 2007. 2839, P. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2007. 2844, P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2007. 2972, B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD. civ.* 2007. 773, B. FAGES ; *RDC* 2007. 1107, L. AYNÈS ; *RDC* 2007. 1110, D. MAZEAUD ; *Dr. et patr.*, sept. 2007, p. 94, P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD. com.* 2007. 786, P. LE CANNU et B. DONDERO ; *RLDC* 2008/46, p. 6, P. DELEBECQUE ; *JCP G* 2007 Act. n° 340 p. 8, C. CHABAS ; *JCP G* 2007.II.10154, D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2007. 2394, D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD ; *Deffrénois* 30 oct. 2007, n°38667-61, p. 1454, E. SAVAUX ; *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 294, L. LEVENEUR ; *Bull. Joly Soc.* 2007, n° 11, p. 1187, A. COURET. P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat. Retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007 », in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, LexisNexis, Dalloz, 2011, p. 61 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2015, n° 164, p. 163.

6. V. les interventions suivantes : T. REVET, « Propos introductif », in « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2010. 639 ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2010. 644 ; P. DELEBECQUE, « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », *RDC* 2010. 681 ; L. AYNÈS, « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *RDC* 2010. 687 ; D. MAZEAUD, « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *RDC* 2010. 690 ; J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *RDC* 2010. 695 ; F. CHÉNÉDÉ, « Les conditions d'exercice

reconnaissance n'est qu'incidente<sup>7</sup>. L'arrêt *Les Maréchaux* édicte, avant tout, une règle relative à la mise en œuvre du principe de bonne foi dans l'exécution du contrat. Les juges de la Chambre commerciale ont affirmé que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». La prérogative contractuelle se perd, ainsi, dans la complexité d'une règle énigmatique aux contours nébuleux. Elle n'est pas définie. Pourtant, si la notion est nouvelle en droit positif, elle renvoie à des mécanismes connus. Le Code de 1804 en consacrait quelques-unes, toujours dans les contrats spéciaux – comme la révocation *ad nutum* du mandataire. La jurisprudence aussi en a reconnu plusieurs. Les incarnations de la prérogative contractuelle oscillent alors entre classicisme et modernité. La clause résolutoire et la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée sont parmi les plus traditionnelles<sup>8</sup>. La fixation unilatérale du prix et la résolution unilatérale, en revanche, sont plus récentes<sup>9</sup>. Leur admission ne s'est pas faite sans heurts avant leur franche consécration par la réforme du droit des contrats. La prérogative contractuelle peine donc à trouver sa place. D'où vient cet embarras ? C'est qu'à première vue, elle détonne dans le paysage contractuel.

**2. Origines de la notion de prérogative.** Issue du latin *praerogativa*, la prérogative désigne la centurie qui vote la première et, par extension, un choix préalable, un privilège<sup>10</sup>. Elle continue d'être utilisée dans ce sens par la suite. Le terme rappelle l'attribut princier d'une époque révolue et l'expression de la puissance publique de l'ère moderne. Dans une perspective historique, on constate que la prérogative est, à l'origine, corrélée à la souveraineté étatique. Elle a d'abord été admise au nom de l'intérêt général. Par-delà son pouvoir exécutif, le Prince est le

des prérogatives contractuelles », *RDC* 2010. 709 ; O. DESHAYES, « La sanction de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles *RDC* 2010. 726 ; A. BÉNABENT, « Observations finales », in « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2010. 746. V. égal. A. BÉNABENT, « Présentation », in *Les nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants*, *RDC* 2018. 503 ; D. HOUTCIEFF, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *RDC* 2018. 505 ; J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *RDC* 2018. 514 ; J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs des contractants », *RDC* 2018. 521 ; L. AYNÈS, « Synthèse », in *Les nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants*, *RDC* 2018. 528.

7. J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *op. cit.*, n° 2, p. 696 : « la définition de la prérogative contractuelle nous est donnée en négatif : un peu comme le saint suaire de Turin, c'est en regardant le négatif du cliché qu'on espère voir apparaître, en positif, la révélation de l'image recherchée ».

8. Pour l'admission de la force obligatoire de la clause résolutoire, V. Cass. civ. 2 juil. 1860, *D.* 1860. I. 284. Pour la reconnaissance de la faculté de résiliation unilatérale, V. Cass. civ. 5 fév. 1872, *D.* 1873.I.63 ; Cass. civ. 4 août 1879, *D.* 1880.I.272.

9. Pour la fixation du prix, V. Cass., Ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, n° 91-19.653, n° 91-15.578, n° 91-15.999, n° 93-13.688 ; *D.* 1996. 13, L. AYNÈS ; *D.* 1997. 59, D. FERRIER ; *D.* 1998. 1, A. BRUNET et A. GHOZI ; *RTD civ.* 1996. 153, J. MESTRE ; *RTD civ.* 1997. 1, M. JEOL ; p. 7, C. BOURGEIN ; p. 19, C. JAMIN ; p. 37, T. REVET ; p. 49 D. FERRIER ; p. 67, M. PÉDAMON ; p. 75, P. SIMLER ; *RTD com.* 1996. 316, B. BOULOC ; *RTD com.* 1997. 7, C. BOURGEON ; *JCP E* 1996.II.776, L. LEVENEUR ; *RJDA* 1996/2 chron. p. 3, M.-A. FRISON-ROCHE ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 152-155. Pour la résolution unilatérale, V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 oct. 1998, *Tocqueville*, *Bull. civ.* I, n° 300 ; *RTD civ.* 1999. 394, J. MESTRE ; p. 506, J. RAYNARD ; *D.* 1999. 115, P. DELEBECQUE ; p. 197, C. JAMIN ; *Defrénois* 1999. 374, D. MAZEAUD.

10. V. « Prérogative », in *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 3, A. REY (dir.), Le Robert, 2006 : Substantivation de l'adjectif *praerogativus*, « qui vote le premier », de *prae* « devant, avant » et *rogare* « interroger, consulter ».

premier à bénéficier d'une puissance susceptible de s'imposer, non pas seulement au peuple comme entité, mais à des individus spécifiés. Elle prend la forme de prérogatives royales. Le terme apparaît comme catégorie juridique en Angleterre sous le règne d'Henri III<sup>11</sup>. Les « prérogatives absolues » du Souverain octroient, dans un premier temps, le pouvoir de dispenser de l'application de la loi. Elles s'imposent, au XIV<sup>e</sup> siècle comme une « réserve d'autorité » ; en d'autres termes comme « un pouvoir propre, au contenu entièrement indéterminé, exercé en fonction d'un principe extérieur au droit, donc à la Constitution, et en vue d'accomplir une certaine fin »<sup>12</sup>. Il s'agit de reconnaître à la plus haute figure de l'État la capacité d'imposer sa volonté en transgressant les règles de droit positif dans un but déterminé. À l'origine, la prérogative royale est un pouvoir intimement lié à l'équité, prise dans son acception objective<sup>13</sup>. Le Roi doit pouvoir agir « à discrétion, pour le bien commun, et donc passer outre la loi pour promouvoir une plus grande justice et un plus grand bien »<sup>14</sup>. C'est dans l'intérêt de ses sujets et plus généralement du bien public que le Souverain peut, en cas d'urgence ou de nécessité, braver la loi. Par exemple, le droit de grâce permet d'adoucir son application rigide en suspendant son exécution. Enfreindre les règles de droit par l'exercice de la prérogative se fait donc à dessein, en supposant la mobilisation d'un intérêt extérieur, distinct de celui qui la met en œuvre. Pourtant « quand l'erreur ou la flatterie est venue à prévaloir dans l'esprit faible des Princes, et à les porter à se servir de leur puissance pour des fins particulières et pour leurs propres intérêts, non pour le bien public, le peuple a été obligé de déterminer par des lois la prérogative »<sup>15</sup>. Ainsi, le despotisme fait évoluer la prérogative : elle n'est plus un outil de tempérament des règles de droit positif mais devient, en elle-même, une règle de droit positif au contenu déterminé.

À l'ère moderne, les prérogatives du souverain se muent en prérogatives de puissance publique. C'est à Hauriou qu'on doit l'émergence progressive de cette appellation<sup>16</sup>, d'abord qualifiées de « prérogatives de l'action administrative »<sup>17</sup>. En réalité, « la décision est l'acte typique du droit administratif »<sup>18</sup> ; or « le pouvoir de décision unilatérale constitue une prérogative de puissance publique lorsque la décision est obligatoire pour les tiers et peut faire l'objet d'une

11. V. « Prérrogative, C. COMBE, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

12. *Ibid.*

13. L'équité se définit comme un « un moyen légitime de compléter les règles juridiques ou de corriger l'application particulière d'une règle », toujours « dans la mesure où la nouveauté est conforme à l'esprit du système », V. « Équité », C. JARROSSON et F.-X. TESTU, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. Rapp. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Chapitre XIV, « De la prérogative », 1690, trad. D. MAZEL, 1795, éd. électr. par J.-M. TREMBLAY, n° 160, p. 97 : « Le pouvoir d'agir avec discrétion pour le bien public, lorsque les lois n'ont rien prescrit sur de certains cas qui se présentent, ou quand même elles auraient prescrit ce qui doit se faire en ces sortes de cas, mais qu'on ne peut exécuter dans de certaines conjonctures sans nuire fort à l'État : ce pouvoir, dis-je, est ce qu'on appelle prérogative, et il est établi fort judicieusement ».

14. V. « Prérrogative, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

15. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., n° 162, p. 97.

16. M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1925. V. aussi *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, rééd. Dalloz, prés. P. DELVOVÉ et F. MODERNE, 2002. En ce sens, N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », in *La puissance publique*, Association française pour la recherche en droit administratif, Travaux de l'AFDA-5, LexisNexis 2012, p. 173.

17. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 335 et s.

18. P. MOOR, *Droit administratif*, Vol. II, *Les actes administratifs et leur contrôle*, éd. Staempfli & Cie SA Berne, 1991, 1.1.1.2.

sanction »<sup>19</sup>. Contrairement à la période monarchique, la prérogative est précisée : « les privilèges découlant en soi de l'élément d'unilatéralité ont été réduits par des restrictions de nature juridique qui s'imposent à l'autorité aussi bien au niveau du contenu que de la forme au profit des administrés »<sup>20</sup>. Elle se justifie par la compétence étatique, garante de l'ordre public et de l'intérêt général et occupe, à ce titre, un rôle central : la prérogative de puissance publique est le critère principal du contrat administratif. Il en résulte une variété innombrable. Aux côtés des prérogatives d'action, qui exigent une décision, existent des prérogatives de protection, par exemple l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des biens affectés à la mission de service public<sup>21</sup>. Dans les contrats administratifs, les modifications unilatérales sont admises par principe<sup>22</sup>. Le Conseil d'État a reconnu, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, la résiliation pour motif d'intérêt général<sup>23</sup>. Dans les années 1980, il a affirmé que le pouvoir de modification unilatérale fait partie « des règles générales applicables aux contrats administratifs »<sup>24</sup>. Au surplus, des personnes privées peuvent être investies de prérogatives de puissance publique, qui devient un critère de reconnaissance d'une mission de service public<sup>25</sup>. Leur diversité et la largesse de leur champ d'application rendent toutes tentatives de définition infructueuses<sup>26</sup>. Les efforts pour dresser un inventaire exhaustif semblent tout aussi vains<sup>27</sup>. « Au fond, les prérogatives de puissance publique apparaissent encore et toujours comme la traduction d'un pouvoir mystérieux, un pouvoir revêtant des formes diverses, manifestant une puissance que l'on dit *souveraine* et dont certaines personnes morales, aussi bien publiques que privées, disposeraient de façon privilégiée pour la satisfaction d'un intérêt que l'on dit général »<sup>28</sup>. Tout au plus peut-on s'accorder sur certains signes distinctifs. Le principal renvoie à son unilatéralité qui, en droit administratif, exprime l'*imperium* étatique<sup>29</sup>. La prérogative de puissance publique est dite « exorbitante » en cela qu'elle est un monopole qui tranche avec les règles de droit positif applicables à tous les sujets. Selon Hauriou, « le droit administratif n'est indépendant du droit commun que dans la mesure de la

19. V. B. SEILLER, « Acte administratif : identification », in *Répert. de contentieux adm.*, Dalloz, juil. 2020, n° 202.

20. P. MOOR, *Droit administratif, Vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, op. cit.*, 1.1.1.2.

21. J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, LGDJ, 13<sup>e</sup> éd., 2019-2020, n° 46. V. aussi « Prérogatives de puissance publique », in *Dictionnaire de droit administratif*, A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, Sirey, 7<sup>e</sup> éd., 2015.

22. Sur le principe de mutabilité en droit administratif, V. P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, Sirey, 16<sup>e</sup> éd., 2018-2019, n° 587.

23. C.E., 17 mars 1864, *Paul Dupont*, D. 1864.III.87. V. L. RICHER, F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2019, n° 491 et s. : « liée aux nécessités de fonctionnement du service public », la faculté de résiliation pour motif d'intérêt général ne peut pas faire l'objet d'une renonciation, (V. C.E., 6 mai 1985, *Association Eurolat*). Il s'exerce en contrepartie d'une indemnisation.

24. C.E., 2 févr. 1983, *Union des transports public*, n° 34027 ; *RFDA* 1984. 45, F. LLORENS s. V. L. RICHER, F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, n° 521 et s.

25. T. confl., 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac* ; S. 1900.3.49, M. HAURIOU. C.E., 20 déc. 1935, *Établissement Vèzia* ; *RD publ.* 1936. 119, concl. LATOURNERIE. V. aussi C.E., 31 juil. 1942, *Monpeurt* ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2015, n° 49.

26. A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, préf. S. BERNARD, avant-propos B. STIRN, LGDJ, 2009, n° 6 et s., p. 4 et s.

27. *Ibid.*

28. N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *op. cit.*, p. 176.

29. N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *op. cit.*, p. 179.