



Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul

RESEARCH ARTICLE

Les Conventions Préparatoires

Preparatory Conventions

Pelin İřintan*

Résumé

La phase précontractuelle est une zone grise, difficile à cerner et gouvernée par la liberté contractuelle. Les parties sont libres d'organiser leurs pourparlers conventionnellement et s'imposer des devoirs contractuels même en période précontractuelle. Par convention précontractuelle nous entendons un acte bilatéral qui vise la conclusion du contrat négocié. Puisque le Code des Obligations turc ne consacre pas une section spécifique aux pourparlers les parties ont grand intérêt à organiser cette phase et définir les règles à suivre et leurs comportements réciproques. Les parties peuvent former des actes précontractuels sous des formes et avec des contenus très variés. Nous allons nous limiter aux actes bilatéraux conclus entre les parties puisque nous examinons les conventions préparatoires. Par conséquent, les actes unilatéraux tels que la lettre d'intention envoyée par l'une des parties avec l'intention de débiter les pourparlers ne seraient pas traités dans cet article. Ainsi nous envisageons une étude sur les conventions précontractuelles en tenant compte de leur effet obligatoire. Dans un premier temps, nous traiterons les conventions qu'on pourrait appeler les contrats préparatoires qui créent un effet obligatoire pour au moins une des parties, et ensuite nous examinerons les conventions munies d'un tel effet.

Mots-Clés

Phase précontractuelle, négociations, avant-contrat, punctation, engagement d'honneur

Abstract

The precontractual phase is a gray area, difficult to define, and governed by freedom of contract. Even during the precontractual phase, the parties retain the freedom to organize their talks by agreement and to enforce contractual obligations. We refer to an act preceding the formation of the negotiated contract as a precontractual act. The Turkish Code of Obligations does not devote a specific section concerning negotiations; hence, the parties are greatly interested in organizing this phase and defining the rules to follow and their reciprocal behavior. The parties may form precontractual acts in various forms and any substance. We will limit ourselves to bilateral acts that we will call conventions; thus, unilateral actions such as the letter of intent sent by one of the parties to start negotiations will not be addressed in this article. Therefore, we intend to examine bilateral precontractual agreements, and their mandatory effect shall be the criterion. First, we will deal with preparatory contracts that create a mandatory effect for at least one of the parties. Subsequently, we will analyze alternative precontractual conventions devoid of such an effect.

Keywords

Precontractual phase, negotiations, letter of intent, memorandum of understanding, gentlemen's agreement

*Corresponding Author: Pelin İřintan (Asst. Prof. Dr.), MEF University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Istanbul, Türkiye.

E-mail: isintanp@mef.edu.tr ORCID: 0000-0002-8283-234X

To cite this article: İřintan P, "Preparatory Conventions", (2024) 74 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 1. <https://doi.org/10.26650/annaes.2024.74.0001>



Extended Summary

The precontractual phase is a gray area, difficult to define, and governed by freedom of contract. The parties can organize their talks by mutual agreements and impose contractual obligations even in precontractual periods. The presence of preparatory conventions would be apparent when these documents show the mutual and concordant wills of the two parties. Preparatory conventions consist of stipulations to prepare a subsequent contract. Precontractual negotiations are not explicitly addressed in the Turkish Code of Obligations; therefore, the parties should keenly be interested in organizing this phase and defining the rules to follow and their reciprocal behavior. The precontractual documents may be established by the parties in various formats and contents. We will limit ourselves to bilateral acts, and as a result, unilateral actions such as the letter of intent sent by one of the parties to start the talks would not be addressed in this article.

There can be many classifications for precontractual documents. We choose to classify preparatory conventions concerning their mandatory effect.

The parties to a contract of negotiation agree to coordinate the proceedings of the talks. Consequently, it facilitates the conventional organization of the precontractual phase's structure. The content of a negotiation contract pertains to the precontractual process and not the subsequent main contract. This means that these contracts contain only important provisions for the precontractual phase, such as the duties of each person involved, duration and conditions of negotiations, important dates, and distribution of costs. It could also contain more specific commitments such as non-disclosure, best effort, or exclusivity clauses.

Only the precontract is considered a precontractual agreement following the Code of Obligations. By mutual agreement or unilaterally entering into a preliminary contract, the involved parties commit to finalizing the main contract. However, the precontract is distinguished from other precontractual documents in several content and form-related respects. Indeed, the obligations generated by the precontract are legitimate contractual obligations.

The framework contract is a contract by which the parties lay down the main rules and conditions that will govern the subsequent contracts referred to as application or performance contracts. It is a common instrument utilized when the involved parties enter into a long-term relationship during which they execute multiple contracts bearing a striking resemblance in terms of content. The core of the content is in the framework contract, that is, the minimum content of the subsequent application contracts. The parties' consensus regarding the fundamental aspects of their future performance contracts signifies not only the preparatory nature of the framework

contract but also its obligatory effect, as the parties can no longer retreat from the agreed-upon points.

The preferential agreement is an agreement whereby one party grants the other priority in negotiations should it enter into a specific contract. In other words, one party gives the other the right of first refusal on negotiations. The preferential agreement does not oblige the conclusion of a contract; the obligation exists only for the negotiations for its conclusion.

The preparatory documents without a mandatory effect are the memorandum of understanding, meeting minutes, and gentlemen's agreements.

The memorandum of understanding can also be called heads of agreement or memorandum of agreement. This means that the parties prepare a document on the points of agreement at any given time in their negotiations. Thus, they refrain from revisiting the same points, which shows the current state of their consensus. The existence of such a document would not infringe upon the parties' freedom not to contract. In principle, this agreement does not constitute an obligation-generating act and therefore has no contractual effect.

Meanwhile, meeting minutes are reports of the meetings during the negotiations. One can easily see the discussion points of each meeting, which facilitates parallel meetings of groups with different authorities.

By a gentlemen's agreement, the parties deliberately put themselves outside the law. In other words, the commitments are not legally enforceable; the parties solely pledge their honor for the execution, and the binding force exists only morally. They do not entail any legal obligations. The parties trust the honor of the co-contractor rather than the legal sanction. There is a risk if one of the parties fails to conduct themselves "gentlemanly"; however, it would be a calculated risk for the other party.

I. Introduction

Quand les parties sont en voie de préparer un contrat elles sont en phase précontractuelle or cette phase est très floue. C'est une zone grise, difficile à cerner et gouvernée par la liberté contractuelle. Les parties qui entrent en négociation en vue de conclure un contrat sont libres de former un contrat et même de changer d'idée et ne pas le former. C'est une zone qui n'est pas régie comme telle par le code des obligations ce qui rend plus difficile à concrétiser les obligations ou les droits découlant de cette période même si on décide ils existent. C'est aussi une zone sous la domination du principe de la bonne foi faute de toute autre disposition positive. Toutefois les parties sont aussi libres d'organiser leurs pourparlers conventionnellement et s'imposer autres devoirs contractuels même en période précontractuelle.

En fait, il est possible de voir plusieurs documents précontractuels préparés par les parties pendant cette période. Même s'il est très difficile de dresser une liste exhaustive de ces documents on pourrait essayer de les regrouper selon différents critères tel que le nombre des parties, leur effet obligatoire, leur validité qui s'étend ou non au-delà des pourparlers ou leur objet et but. On pourrait facilement constater que la seule limite est l'imagination des parties en ce qui concerne la dénomination et le contenu de ces documents précontractuels face à la liberté contractuelle. Il faut aussi préciser que la plupart de ces documents présentent un caractère hybride puisque les critères sont interchangeables et ne s'excluent pas les uns les autres. Ainsi les classifications ou dénominations qu'on fait restent la plupart du temps dans l'arbitraire¹ et changent d'après les auteurs et leurs points de vue². C'est la raison pour laquelle on doit plutôt s'intéresser au contenu des documents sans tenir compte de leur dénomination suivant l'art. 19 CO³. Pourtant on pourrait constater que quand ces documents présentent une manifestation des volontés réciproques et concordantes des deux parties on serait en présence des conventions préparatoires qu'on va essayer de traiter en détails ci-dessous. Par convention préparatoire nous entendons un acte bilatéral qui vise la conclusion d'un contrat que nous allons appeler le « contrat principal » ou le « contrat ultérieur ».

Les conventions préparatoires sont bien entendu des actes qui ont pour objet la préparation d'un contrat ultérieur. Ils peuvent aussi avoir pour objet l'organisation de la phase précontractuelle qui s'avère très importante surtout quand une des parties rompt les pourparlers d'une manière inattendue. Puisque le Code des Obligations turc ne consacre pas une section spécifique aux pourparlers⁴ à la différence des

1 Nicolas Kuonen, *La Responsabilité Précontractuelle* (Schultess 2007), 257.

2 Dans la pratique les termes letter of intent, memorandum of understanding et term sheet sont utilisés d'une manière interchangeable. Cf. Ismail G Esin, *Birleşme ve Devralmalar* (1^{er} éd, On iki Levha 2020), 60.

3 Esin, 61.

4 Les dispositions relatives à la phase précontractuelle se trouvent plutôt dispersées dans le CO. On pourrait citer à titre d'exemple les dispositions concernant les vices de consentement (CO art. 30 et s.) ainsi que le cas d'impossibilité de l'objet du contrat (CO art. 27). Cf. également Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*

Codes allemands (BGB §241, §311)⁵ et français (CCfr art. 1112 et suivants)⁶ les parties ont grand intérêt à organiser cette phase et définir les règles à suivre et leurs comportements réciproques.

La seule convention préparatoire envisagée par le Code est l'avant-contrat⁷ qui se trouve à l'art. 29 CO. Cela n'empêche pas les parties sous l'empire de la liberté contractuelle d'imaginer d'autres moyens pendant la période précontractuelle pour ainsi aboutir à la conclusion d'un contrat principal ultérieur. Comme on a exprimé ci-dessus les parties peuvent former des actes précontractuels sous des formes et avec des contenus très variés. Nous allons nous limiter aux actes bilatéraux préparatoires, par conséquent, les actes unilatéraux tels que la lettre d'intention⁸ envoyée par l'une des parties avec l'intention de débiter les pourparlers ne seraient pas traités dans cet article.

Ainsi nous envisageons une étude sur les conventions précontractuelles. Nous allons faire une classification concernant leur effet obligatoire. Dans un premier temps, nous traiterons les contrats préparatoires qui créent un effet obligatoire pour au moins une des parties, et ensuite nous examinerons les actes préparatoires qui sont munis d'un tel effet.

Hükümler (2^e éd. On iki Levha 2020), 211 ; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26^e éd. Turhan Kitabevi 2022), 124 ; M. Kemal Oğuzman et M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C. 1, 20^e éd. Vedat Kitapçılık 2022), 81.

- 5 Le BGB a subi une réforme importante qui est entrée en vigueur le 1^{er} Janvier 2002 avec laquelle plusieurs institutions jurisprudentielles ont trouvé leur chemin d'entrée dans le code dont l'une est la *culpa in contrahendo*. A la suite de cette réforme la relation précontractuelle est considérée comme un rapport générateur d'obligations accessoires et la non-conformité à ces obligations engendrerait une responsabilité contractuelle où la victime aurait droit à demander une indemnité même pour ses dommages-intérêts positifs. A propos de la réforme et la codification de la responsabilité précontractuelle voir Claude Witz, 'Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France' in Claude Witz et Filippo Ranieri (éds), *La Réforme du Droit Allemand des Obligations Colloque du 31 Mai 2002 et nouveaux aspects* (Société de Législation Comparée 2004) 11, 15 ; Winfried-Thomas Schneider, 'La Codification d'Institutions Prétoriennes' in Claude Witz et Filippo Ranieri (éds), *La Réforme du Droit Allemand des Obligations Colloque du 31 Mai 2002 et nouveaux aspects* (Société de Législation Comparée 2004) 39, 41.
- 6 Le Code Civil français a subi une réforme par l'ordonnance no 2016-131 du 10 Février 2016. Cette réforme, comme en Allemagne, fut l'occasion de la codification de la phase précontractuelle qui jusque-là n'était qu'une institution de la jurisprudence. On pourrait quand-même constater que le texte adopté du Code Civil reflète plus ou moins les solutions jurisprudentielles en exigeant la bonne foi dans les pourparlers mais aussi en excluant toute possibilité d'indemniser le gain espéré de la conclusion du contrat négocié. Ainsi le législateur consacre la jurisprudence Manoukian (Cour de Cassation Chambre commerciale du 26 Novembre 2003) et ne permet que l'indemnisation des dommages-intérêts négatifs. Clément François 'Présentation des articles 1112 à 1112-2 de la nouvelle sous-section 1 « Les négociations »' in *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect1-negociations/> consulté le 2 Juillet 2023.
- 7 La perte d'une chance d'obtenir les avantages du contrat non conclu est expressément exclue par la modification de l'art. 1112 par l'art. 3 de la Loi no 2018-287 du 20 avril 2018.
- 8 L'art. 22 de l'ancien CO s'intitulait « la promesse de contracter » conformément à son origine suisse (art. 22 CO suisse). Pourtant avec la réforme du CO qui est entrée en vigueur le 1^{er} Juillet 2012 l'intitulé de l'art. 29 qui correspond à l'ancien article 22 CO est modifié et le législateur a opté pour le terme de l'« avant-contrat ». On pourrait aussi utiliser le terme « précontrat ». La doctrine suisse utilise plutôt le terme précontrat tandis que la doctrine française préfère celui de l'avant-contrat. Quand même il faut souligner que ces termes sont identiques et sont utilisés d'une manière interchangeable. Cf. par exemple Pierre Tiercier et Pascal Pichonnaz, *Le Droit des Obligations* (6^e éd. complétée et mise à jour, Schulthess Editions Romandes 2019), 142 ; Marcel Rehfoüs, 'La Formation du Contrat et L'Avant-contrat en matière immobilière' (1965) *Semaine Judiciaire*, 305 et s. ; François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil Les Obligations* (8^e éd. Dalloz 2002), 188. Voir aussi Necip Kocayusufoşoğlu, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi* (Sulhi Garan Matbaası 1959), 45 note 28.
- 8 Par la lettre d'intention nous entendons un document unilatéral manifestant une volonté à entrer dans les négociations. Pour les auteurs qui considèrent les lettres d'intention comme des actes bilatéraux voir Pelin İşintan, *Sözleşme Müzakereleri* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü thèse de doctorat non-publiée 2009), 64 et suivants. Cf également Zeynep Damla Taşkın, *Sözleşmenin Kurulması* (On iki Levha, 2020), 109 et suivants; Tuğçe Oral, 'Niyet Mektubu' in (2016) *TAAD* 7 (28) 145, 147. Esin, considère la lettre d'intention comme un contrat de négociation. Voir Esin, 62.

II. La Classification des Conventions Préparatoires

A. Les Contrats Préparatoires

1. Le contrat de négociation

Le contrat de négociation est un contrat par lequel les parties s'engagent à organiser le déroulement des pourparlers⁹. Il sert donc, à l'organisation conventionnelle de la phase précontractuelle. Même si ces contrats appartiennent à la phase précontractuelle, ce sont des vrais contrats avec des obligations contractuelles à respecter pour chacune des parties et ainsi ils donnent un caractère contractuel, même partiel, aux pourparlers. Le contenu d'un contrat de négociation n'est pas relatif au contrat principal ultérieur mais relatif au processus précontractuel, cela veut dire que ces contrats ne contiennent que des dispositions importantes pour la phase précontractuelle.

La planification de la phase précontractuelle s'avère surtout importante quand on envisage un long processus de négociation qui peut devenir assez complexe. Ainsi les parties pourraient dès le début préparer un contrat dans lequel elles détermineraient leur but et le cadre général des pourparlers en fixant par exemple les devoirs de chaque personne impliquée, la durée et les conditions de négociation, les dates importantes, la répartition des coûts et des frais ; elles pourraient même décider sur les sanctions par exemple sous forme de clause pénale au cas où l'une d'elles ne respecterait pas ce qui a été convenu. On pourrait aussi imaginer que les parties conviendraient sur des engagements plus spécifiques tels que des obligations de non-divulgence (ou de confidentialité) ou encore elles vont insérer des clauses de meilleurs efforts (*best effort*), des clauses d'exclusivité des négociations ainsi que des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité précontractuelle¹⁰. Ces obligations peuvent être réciproques ou unilatérales. On a précisé auparavant que la période précontractuelle est floue et l'absence dans le CO d'une section relative aux pourparlers se fait sentir dans le cas où une des parties rompt les pourparlers d'une manière intempestive ou brutale. En concluant un contrat de négociation les parties essaient de tracer un cadre dans lequel elles auraient de vraies obligations contractuelles en vue de travailler sérieusement pour préparer le contrat ultérieur.

On constate bien que ce contrat contient des instructions relatives au déroulement des pourparlers et les parties sont obligées à le respecter. Bien entendu cette obligation

9 Pour une définition similaire cf. Kuonen, 264. Il y a quand-même certains auteurs qui considèrent ces documents comme des contrats "normaux" et les classifient sous le titre de Heads of Agreement. Voir Louis Péloquin et Christopher K. Assié, 'La Lettre d'Intention' in *Revue Juridique Thémis* (2006) I (40) 175, 178. Ralph B. Lake et Ugo Draetta, à leur part, classifient ces documents comme des « framework letter of intent ». Voir Lake et Draetta, *Letters of intent and other precontractual documents* (2e éd, Butterworths 1994) 15. Marchand, à son tour, les appelle « l'accord-cadre de négociation » et accepte leur caractère contractuel. Voir Sylvain Marchand, *Clauses Contractuelles – Du bon usage de la liberté contractuelle* (Helbing Lichtenhahn 2008), 51.

10 Pour un examen des différents types de clauses insérables dans un contrat de négociation et l'effet du non-respect à ces clauses voir İştınan, 116 et suivants ; Esin, 73 et suivants, Marchand, 50 et suivants.

n'irait pas au-delà des pourparlers, les parties ne s'engagent point à conclure le contrat ultérieur à cette étape mais elles s'engagent à le négocier sérieusement¹¹. La partie qui ne respecte pas cet engagement serait en violation du contrat et devrait accepter les conséquences soit sa responsabilité contractuelle. Ainsi, elle devrait payer les dommages-intérêts positifs au lieu de seul dommages-intérêts négatifs comme dans le régime « normal » de responsabilité *culpa in contrahendo*¹².

2. Les avant-contrats (précontrats)

L'avant-contrat est le seul contrat précontractuel prévu dans le Code des Obligations. L'art. 29 CO s'intitule « l'avant-contrat ¹³» et dispose que « *Les conventions relatives à passer un contrat futur sont valables* ». On pourrait remettre en question la nécessité des avant-contrats tant que tous les éléments essentiels du contrat projeté devraient être déjà contenus dans l'avant-contrat. Les parties quand même peuvent avoir des raisons diverses pour passer ainsi deux contrats séparés et en fait la pratique de passer des avant-contrats est assez répandue surtout en matière de la vente immobilière même si l'avant-contrat n'est pas seulement prévu pour ce type de contrat. En fait il est possible de conclure des avant-contrats pour tout type de contrat pourvu que ce dernier soit un contrat générateur d'obligations¹⁴.

En quoi l'avant-contrat est un contrat préparatoire ? Les parties qui concluent un avant-contrat s'engagent unilatéralement ou réciproquement à conclure le contrat principal. Alors, il est clair que l'avant-contrat précède le contrat principal. Pourtant l'avant-contrat se distingue des autres documents précontractuels par plusieurs points relatifs à la forme et au contenu¹⁵.

En ce qui concerne la forme, la validité de l'avant-contrat dépend de la forme du contrat principal si la validité de ce dernier est subordonnée à l'observation d'une

11 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.1, 4e éd, İstanbul 2008), 169 ; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C. V/1,1, 2^{ème} éd, Seçkin 2019), 232.

12 Kocayusufpaşaoğlu, 170 ; Esin, 74. Quand même il faut préciser que les dommages-intérêts positifs dans ce cas ne correspondent pas à la conclusion du contrat principal. Cela veut dire que la partie lésée ne pourrait point demander que le contrat principal soit conclu à titre de réparation. Elle ne pourrait demander que les coûts et frais qu'elle a subi pendant la période précontractuelle comme par exemple les frais de voyage, la rémunération des avocats etc. Voir Esin, 75. L'objectif est de remettre le patrimoine de la partie lésée dans la position avant la violation du contrat. Dans ce cas le contenu des dommages-intérêts se ressemblent aux dommages-intérêts négatifs sauf que le dommage subi dans ce cas correspond à une perte éprouvée c'est dire *damnum emergens* au lieu d'un gain manqué (*lucrum cessans*). Cf. Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008), 61. Pourtant les parties peuvent organiser ce point dans leur contrat et prévoir un régime d'indemnité spécial en insérant une clause pénale ou une clause qui limite la responsabilité.

13 Pour la terminologie voir note 7 ci-dessus.

14 Kocayusufpaşaoğlu, 100; Gül Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)* (Yeditepe Üniversitesi 2006), 52; Hasan Ayrancı, *Ön Sözleşme* (Yetkin, 2006), 44; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman et al., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7e éd, Filiz Kitabevi 1993), 142; Oğuzman et Öz, 195; Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (17e éd. Beta 2020), 56; Mehmet Serkan Ergüne, Ali Suphi Kurşun, 'TBK m. 29' in Turgut Öz, Faruk Acar et al. (eds), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu* (C. 1 (Madde 1-82), Vedat Kitapçılık 2019), 500; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26e éd. Yetkin 2021), 358; Antalya, 437.

15 Ergüne et Kurşun, 513 – 514 ; Eren, 361; Antalya, 231.

certaine forme prévue par la loi d'après l'art. 29/al. 2 CO¹⁶. Cela veut dire que pour constater la présence d'un avant-contrat il faut que les parties respectent la forme du contrat principal tandis que les autres documents précontractuels ne nécessitent aucune forme de validité.

Ensuite, en ce qui concerne le contenu de l'avant-contrat, il faut constater qu'il doit couvrir tous les points objectivement et subjectivement essentiels du contrat principal ce qui met la notion des avant-contrats au cœur des discussions¹⁷ en droit turc car dans un système basé sur la tradition pour le transfert de propriété la nécessité de passer deux contrats séparés (un avant et un après) avec presque les mêmes dispositions est assez curieuse. Il faut aussi préciser que l'avant-contrat comprend une obligation de conclure le contrat principal¹⁸. On peut même se demander si les pourparlers prennent fin avec la conclusion de l'avant-contrat car par sa conclusion cette obligation de conclure le contrat principal devient tout à fait une obligation contractuelle dont l'inexécution pourrait engendrer une action en dommages-intérêts aussi bien qu'une action en exécution en nature où la conclusion du contrat principal pourrait être exigée par le juge¹⁹. Donc, il est évident que les obligations générées par l'avant-contrat sont des véritables obligations contractuelles et on n'est plus dans le domaine de la responsabilité précontractuelle. En concluant un avant-contrat, on dirait que les parties mettent fin à leur liberté contractuelle de ne pas former un contrat et créent conventionnellement une obligation de former le contrat ultérieur. Il faut alors constater que l'avant-contrat se distingue des autres documents précontractuels comme la *punctation* ou l'accord de principe dans le sens qu'il ne serait plus possible pour une partie de refuser de conclure le contrat principal sans engendrer sa responsabilité contractuelle²⁰.

3. Le contrat-cadre

Le contrat-cadre est un contrat par lequel les parties fixent les principales règles et conditions qui régiront les contrats ultérieurs dits des contrats d'application ou des

16 Le seul cas à part est l'avant-contrat en matière de la vente immobilière. Tant que ce contrat est soumis à la forme authentique l'autorité autorisée (les notaires) est différente que l'autorité du contrat principal de la vente (l'officier du registre foncier). Cf. Kocayusufpaşaoğlu, *Satış Vaadi*, 118. Voir par exemple Cour de Cassation Turque 3ème Chambre Civile, 4609/2407, 16.03.2022 (hukukturk.com consulté le 30 Septembre 2023).

Pourtant avec la dernière modification faite à la Loi no 1512 concernant les Notaires dorénavant il est devenu possible de passer l'acte authentique de vente immobilière chez les notaires. Cette modification qui est entrée en vigueur le 1^{er} Janvier 2023 efface presque toute différence entre l'avant-contrat et le contrat principal en matière de la vente immobilière.

17 Cf. Kocayusufpaşaoğlu, 101 et suivants ; Ayranç, 123 et suivants ; Doğan, 137 et suivants ; Nomer, 57 et suivants. Cf surtout İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi* (Sermet Matbaası 1963), 10 et suivants qui soutient l'inutilité des avant-contrats en droit turc.

18 Kılıçoğlu, 356 ; Oğuzman et Öz, 195 ; Nomer, 57 ; Ergüne et Kurşun, 522 ; Eren, 360 ; Antalya, 229.

19 Voir dans ce sens Cour de Cassation Turque 7^{ème} Chambre Civile, 1194/3462, 16.05.2022 ; Cour de Cassation Turque 7^{ème} Chambre Civile, 1004/337, 13.09.2021 ; Cour de Cassation Turque 14^{ème} Chambre Civile, 17/937, 15.02.2021 ; Cour de Cassation Turque 14^{ème} Chambre Civile, 130/979, 17.02.2021 (hukukturk.com consulté le 30 Septembre 2023).

20 Işintan, 95.

contrats d'exécution²¹. Il est un instrument souvent utilisé quand les parties entrent dans une relation de longue durée pendant laquelle elles passeront plusieurs contrats avec un contenu plus ou moins similaire. Le noyau du contenu se trouve dans le contrat-cadre, c'est le contenu minimum des contrats d'application²². L'application la plus répandue des contrats-cadres en droit turc est dans le domaine du droit bancaire où on conclue souvent un contrat-cadre de crédit bancaire dans lequel les parties fixent déjà la durée, le taux d'intérêt et les sûretés. On les rencontre aussi dans le domaine des contrats de franchise ou des contrats de vente exclusive²³. Les parties déterminent dès le début de leur relation contractuelle certains de leurs droits et obligations ainsi que par exemple des clauses compromissaires, la répartition des coûts et des frais, le lieu de livraison, les modalités de paiement etc. de sorte qu'elles n'auront plus besoin d'en revenir chaque fois qu'elles vont passer des contrats d'application²⁴. Cela implique que le contrat-cadre envisage forcément une relation d'obligation perpétuelle voire un contrat principal de durée²⁵. Si les parties ne visent que créer un seul contrat principal à la fin des pourparlers on ne serait pas en présence d'un contrat-cadre mais plutôt d'un contrat de négociation ou d'un *framework letter of intent* qui encadre la période des pourparlers. La différence entre un contrat de négociation et un contrat-cadre se montre dans le fait que le contrat de négociation ne comprend que des clauses relatives à la période précontractuelle tandis que les dispositions du contrat-cadre forment en fait une fraction du contenu des contrats d'exécution.

Le fait que les parties se mettent d'accord sur le noyau de leurs contrats d'exécution futurs indique le caractère préparatoire du contrat-cadre. Cependant sa force obligatoire ne se présente pas aussi nettement. A notre avis, l'effet obligatoire de ces documents vient du fait que les parties ne peuvent plus remettre en question les points déterminés du contrat-cadre. C'est dire si les parties passent des contrats ultérieurs d'exécution ils doivent respecter le contenu du contrat-cadre. Outre ces points on peut se demander si le contrat-cadre est un contrat générateur d'obligation dans le sens de forcer les parties à passer les contrats ultérieurs d'exécution. C'est une question dont la réponse est controversée mais plutôt négative. Le contrat-cadre fixe les termes d'un contrat éventuel entre les parties mais il ne crée pas l'obligation

21 Nami Barlas, 'Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri' in *Makalelerim* (C.1, Vedat Kitapçılık 2008) 89, 91; Kocayusufoğlu, 112; Doğan, 109; Kuonen, 262. Le Code Civil français a introduit une définition dans son article 1111 après la réforme de 2016 qui se lit comme «*Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution.*».

22 Barlas, 95.

23 Hayriye Şen Dođramacı, 'Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu' (2022) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3 (30) 1043, 1045; Kocayusufoğlu, 113.

24 Ayrancı, 108.

25 Barlas, 99; Şen Dođramacı, 1045; Kocayusufoğlu, 112; Doğan, 110; Ayrancı, 110; Ergüne et Kurşun, 512; Antalya, 230. Pour un avis contraire cf. Barış Demirsatan, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi* (2e éd. On iki Levha 2021), 68 note 3. L'auteur est d'avis que le contrat-cadre ne peut être caractérisé comme un contrat de durée par le fait que le contrat-cadre ne fait naître aucune prestation principale.

d'en conclure un²⁶. Cela veut dire que si les parties finalement décideraient de passer un contrat d'application, les conditions du contrat-cadre devraient être respectées mais elles ne seraient pas obligées de passer un tel contrat. Alors on peut dire que le contrat-cadre a un effet obligatoire en ce qui concerne le contenu des contrats ultérieurs et non pas un effet obligatoire en ce qui concerne leur conclusion²⁷. Bien entendu rien n'empêche les parties à intégrer dans leur contrat-cadre une obligation de conclure certains contrats dans le cadre dessiné mais dans ce cas on serait le plus souvent en présence d'une promesse de contracter ou un avant-contrat²⁸.

4. Le pacte de préférence

Le pacte de préférence est une convention par laquelle une partie offre la priorité des négociations à l'autre dans le cas où elle déciderait de conclure un contrat déterminé²⁹. Ainsi, la partie qui offre la priorité doit s'abstenir à entrer en négociations parallèles avec les tiers avant d'avoir proposé à son contractant. Le pacte de préférence comme tel n'oblige pas à conclure un contrat, l'obligation n'existe que pour les négociations dans le but de sa conclusion³⁰. Dans ce sens, le pacte impose à une des parties une obligation de négocier mais cette obligation est soumise à une condition potestative³¹. Le pacte de préférence présente généralement une obligation unilatérale mais rien n'empêche les parties à créer un pacte synallagmatique. Les deux parties peuvent ainsi s'engager réciproquement ou bien le bénéficiaire du privilège pourrait s'engager à payer une somme d'argent comme contre-prestation. L'existence d'un tel pacte entraîne dans une manière l'exclusivité des négociations car les négociations parallèles seraient en échec si le bénéficiaire décide d'user de son privilège. Pourtant il est possible de mener des négociations parallèles pour le débiteur sous condition d'informer les parties de l'existence d'un tel pacte pour ne pas engager sa responsabilité *culpa in contrahendo* en invoquant la confiance chez les autres envers la conclusion du contrat³². Le fait que le débiteur du pacte entame les négociations ou conclut le contrat projeté avec un tiers sans l'avoir proposé d'abord au bénéficiaire du pacte engagerait sa responsabilité contractuelle envers son co-

26 Barlas, 98; Doğan, 109; Kocayusufoğlu, 112; Marchand, 55; Antalya, 230. Voir contra Şen Doğramacı, 1047. Pourtant, il est possible que certains contrat-cadres prévoient des obligations unilatérales comme par exemple dans le cas du contrat-cadre de la vente de bière ou des stations-service. Cf. Doğan, 111 note 309.

27 Işıntan, 105. Si les parties voudraient modifier le contenu plus tard, elles doivent modifier conventionnellement leur contrat-cadre soit en rédigeant un avenant. Cf. Tercier et Pichonnaz, 146.

28 Barlas, 105 ; Kuonen, 263.

29 Cf. Kuonen qui définit le pacte de préférence comme un « *contrat par lequel une partie s'engage envers l'autre à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion* ». Kuonen, 271.

30 Kuonen, 272.

31 Kuonen, 272.

32 Lake et Draetta, 123. Dans ce cas, la responsabilité naît envers les parties qui entre en négociations parallèles mais qui ne connaissent pas l'existence d'un pacte de préférence avec un tiers. Le comportement de la partie qui s'abstient à divulguer le pacte de préférence et qui continue à mener des négociations parallèles serait contraire à la bonne foi et alors naitrait sa responsabilité *culpa in contrahendo*.

contractant³³. En d'autres termes si le débiteur du pacte de préférence ne respecte pas la position privilégiée de l'autre partie et conclue un contrat avec un tiers sans donner l'option des négociations au bénéficiaire du pacte, cela engendrait sa responsabilité contractuelle dans le cadre de l'art. 112 CO et elle devrait payer des dommages-intérêts positifs. Quand même vu les difficultés de preuve de ces dommages il serait préférable d'insérer une clause pénale dans le pacte³⁴.

Le pacte de préférence pourrait être conclu indépendamment mais il peut aussi être inclut en tant qu'une clause dans un autre document précontractuel comme par exemple dans un contrat de négociation ou un accord de principe. Dans un tel cas, même si le document précontractuel serait dépourvu d'un effet obligatoire cette clause quand même lierait les parties³⁵.

Le pacte de préférence se distingue d'un avant-contrat par l'absence d'une obligation de contracter. Il faut aussi le distinguer d'un droit d'option ou de préemption par l'absence d'un droit formateur. En plus, il faut remarquer que la vente à un tiers est une condition pour le droit de préemption tandis qu'elle constituerait déjà une violation pour le pacte de préférence³⁶.

B. Les Actes Précontractuels avec Effet Non-obligatoire

1. Accord de principe

Les parties, à un point donné des négociations, peuvent décider de dresser un bilan de leur relation précontractuelle et préparer un document avec tous les points sur lesquels elles sont en accord et même les points sur lesquels elles ne le sont pas³⁷. Cela leur montrerait à quel stade des pourparlers elles se trouvent et combien elles ont accompli. Ainsi, elles évitent de revenir toujours sur les mêmes problèmes ou les mêmes points. D'un point de vue pratique, elles éviteraient aussi de savoir tous les détails discutés jusqu'à ce temps par cœur et cela peut se montrer important surtout si on est en présence d'un contrat éventuel de plusieurs pages et plusieurs mois de négociations³⁸.

33 Terré, Simler et Lequette, 196.

34 Işintan, 100.

35 Işintan, 99.

36 Kuonen, 272.

37 Ces documents prennent des noms différents comme *Memorandum of understanding*, *Heads of agreement* ou *Memorandum of agreement* ou bien encore protocole d'accord. Comme on a cité auparavant on s'intéresse plutôt au contenu des documents et non seulement leurs dénominations pour décider de leurs sorts et qualités juridiques. Pour les différentes classifications des documents que nous appelons des accords de principe voir les divers auteurs cités par Ralph Schlosser, 'Les lettres d'intention: portée et sanctions des accords précontractuels' in *Responsabilité Civile et Assurance : Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi* (Editions Bis et Ter 2000) 345, 347. Cf. aussi Marchand, 52.

38 Marcel Fontaine et Filip de Ly, *Droit des Contrats Internationaux, Analyse et rédaction des clauses* (Bruylant 2003) 7 ; Lake et Draetta, 16 ; Işintan, 78.

La présence d'un tel document ne limiterait point en ce qui concerne la liberté des parties à ne pas contracter. Un accord de principe, en principe, n'est pas un acte générateur d'obligations ; il est dépourvu d'effet contractuel. Nul n'est obligé de conclure le contrat anticipé et la volonté des parties de s'engager fait encore défaut car les parties ne voudraient pas conclure un contrat sans trouver un accord aussi sur les autres points de négociations³⁹. La seule obligation à cette étape pourrait être une obligation tacite de négocier sur ces points réservés dans le sens que la partie qui revient toujours sur les mêmes points et remet constamment en cause les achèvements des négociations pourrait engendrer sa responsabilité précontractuelle⁴⁰. L'accord de principe peut aussi jouer un rôle probatoire et constate l'état des négociations aussi bien qu'un rôle interprétatif du contrat dans le futur⁴¹. Pourtant il est tout à fait possible pour les parties d'exclure l'accord de principe dans l'interprétation du contrat conclu en vertu de la liberté contractuelle⁴².

Cela dit, une question importante concernant le droit turc se présente : Dans un système où un accord sur les éléments essentiels du contrat est suffisant pour conclure le contrat, si on constate que les parties dans leur accord de principe sont convenues sur les éléments essentiels du contrat négocié est-ce qu'on pourrait constater que le contrat est déjà conclu même si le contrat ne contient pas encore tous les éléments nécessaires vu les points secondaires ? Comme l'art. 2 CO prévoit que « *si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels... le contrat est réputé conclu* » la réponse à cette question risque d'être affirmative. Le CO dans son art. 2 institue une présomption relative à la conclusion du contrat selon laquelle l'accord sur les points essentiels est suffisant^{43,44}. Si une partie considère un point secondaire comme subjectivement essentiel, c'est-à-dire si ce point constitue un élément *sine quo non* pour elle et par conséquence elle n'accepterait pas la conclusion du contrat négocié sans se mettre d'accord sur ce point, elle est tenue de le faire savoir à l'autre partie

39 Kocayusufpaşaoğlu, 111.

40 Schlosser. 360.

41 Kocayusufpaşaoğlu, 111; Özgür Güvenç, *Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu* (Adalet 2021), 329 – 330.

42 On appelle ce type de clause comme la clause d'accord complet (la clause des quatre coins ou four corners clause) ainsi que *merger clause*, *integration clause*, *entire agreement clause*. Kuonen, 274 – 275.

43 Pourtant il faut souligner que les éléments essentiels (*essentialia negotii*) sont des éléments qui déterminent la typologie d'un contrat. Cf. Eren, 273 ; Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit* (2^e éd, BTHAE 2013), 80 ; Tercier, Pichonnaz et Develioğlu, 199 ; Antalya, 61; Doruk Gönen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi 2021), 19. Pour une interprétation plus moderne voir Rona Serozan, 'TBK m. 2' in Turgut Öz, Faruk Acar et al. (eds), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu* (C. 1 (Madde 1-82), Vedat Kitapçılık 2019), 75; Caner Taşatan, *Sözleşmenin Kurulması* (On iki Levha 2021), 191; Güvenç, 264. Dès qu'on se trouve devant un contrat innommé créé par les besoins économiques on ne pourrait plus constater ses éléments objectivement essentiels mais plutôt on voudrait voir une entité qui conserve un sens. Cf. Kocayusufpaşaoğlu, 175; Kuonen, 295; Güvenç, 265 et suivants; Taşatan, 193 et suivants.

44 Il faut souligner que l'approche allemande est différente. Le BGB §154 qui traite de la notion de la *punctation* dans le sens d'un accord écrit prévoit qu'un contrat ne serait pas réputé conclu sans l'accord des parties sur tous les éléments et seul un accord partiel ne suffirait pas à lier les parties même si cet accord est écrit. Ce qui diffère cette approche de celle du droit turc ou suisse est qu'en cas de doute le texte écrit ne serait pas considéré comme un contrat liant les parties. Par conséquence on pourrait dire que BGB §154 est un article interprétatif qui résout l'absence d'un accord complet entre les parties d'une manière négative et ce n'est plus une question de preuve à la différence de l'art. 2 CO. İşıntan, 86; Taşatan, 227. Kuonen est de l'avis que ce concept est superfétatoire et ne résout aucune question. Voir Kuonen, 299 – 300.

durant les négociations et ces points doivent aussi constituer le sujet de l'accord des parties⁴⁵.

Dans un tel cas, les parties qui se mettent d'accord sur les éléments essentiels pourraient se trouver dans une situation qu'elles n'avaient point envisagée. Toutefois, si l'une des parties pourrait évoquer qu'elle ne voulait pas être engagée avant l'accord sur des éléments secondaires, c'est à elle de mettre en évidence qu'ils étaient subjectivement essentiels et ainsi elle peut empêcher l'application de l'art. 2/al. 1 CO et la conclusion du contrat⁴⁶.

La meilleure solution pour éviter toute controverse est d'insérer une clause comme « sous bénéfice d'inventaire », « subject to contract », « sans engagements contractuels », « document non contractuel » dans l'accord de principe afin de souligner le fait que ce document précontractuel est dépourvu de tout effet obligatoire et que les parties n'entendent pas encore s'engager juridiquement⁴⁷.

2. Meeting minutes

Ce sont en fait des procès-verbaux des réunions que font les parties pendant les négociations. Ainsi on peut suivre facilement l'ordre du jour de chaque réunion et les résultats des réunions précédentes. En plus, ces procès-verbaux favorisent les négociations en parallèle par plusieurs groupes de compétence différentes. Chaque équipe rédigerait un compte rendu de sa séance de travail. Ces documents ne contenant que des constats temporaires, il n'est pas question qu'ils créent des engagements juridiques à proprement parler même si les deux parties sont d'accord sur leur contenu⁴⁸.

3. Les engagements d'honneur (Gentlemen's agreements)

Les engagements d'honneur sont des accords controversés et très discutés. Ils engendrent plutôt des engagements d'un point de vue éthique et moral mais non

45 Dans le cas où son co-contractant est au courant de l'importance de ce point pour l'autre partie le contrat ne serait pas conclu car il y aurait un désaccord entre les volontés. Si l'importance de ce point objectivement accessoire n'est pas évidente pour le co-contractant on serait en présence d'un désaccord latent et le contrat serait réputé conclu par le biais du principe de la confiance. Kuonen, 296. Voir aussi Taşatan, 228 et suivants.

46 Toutefois il faut aussi se tenir compte de l'art. 2/al.3 CO qui réserve les dispositions relatives à la forme des contrats. Selon cette disposition le simple accord des volontés sur les éléments essentiels ne suffirait pas pour la conclusion du contrat lorsque la loi impose une forme spéciale. Dans un cas pareil l'accord de principe serait dépourvu de tout effet contractuel à moins qu'il ne respecte ladite forme. Dans la plupart des cas l'accord de principe est fait par écrit, alors si la forme imposée pour le contrat visé est la forme authentique il est plus facile à dire que cet acte n'est qu'un accord de principe même si les parties sont convenues sur tous les points objectivement et subjectivement essentiels tandis qu'il s'avère très difficile de constater le même résultat si la forme imposée est la forme écrite simple. Kocayusuřpařaođlu, 179; İşintan, 87.

47 La force obligatoire de ces clauses est admise en droit anglais mais pour le droit américain seule la présence d'une telle clause n'est pas suffisante si elle n'est pas en ligne avec le texte complet du contrat. Voir Lake et Draetta, 94 et suivants. En ce qui concerne le droit turc et le droit suisse, il est possible d'exclure la volonté de se lier par un document contractuel en insérant ce type de clause sous l'empire de la liberté des volontés. İşintan, 69; Marchand, 54.

48 İşintan, 88.

pas juridique. Même sans sanction juridique, les engagements d'honneur jouent un rôle au moins probatoire concernant la relation précontractuelle entre les parties. Mais la portée des engagements d'honneur va au-delà de leur rôle probatoire et la phase précontractuelle. Ce sont des accords fréquemment utilisés dans les rapports commerciaux aussi bien que les rapports diplomatiques et familiaux⁴⁹. Nous n'entamons ici que l'utilisation dans le domaine précontractuel.

Par un engagement d'honneur les parties se mettent délibérément en dehors du droit⁵⁰. C'est dire les engagements ne sont pas contraignants devant la loi, les parties ne s'engagent que sur leur honneur pour l'exécution et la force obligatoire n'existe que moralement⁵¹. On se met en dehors de la sphère juridique et les engagements entamés par les parties ne sont pas des obligations au sens technique du terme. Pourtant pour la plupart des dirigeants des entreprises commerciales la crainte d'une sanction juridique ne se présente pas en premier lieu quand il s'agit de l'inexécution des accords. Pour eux, établir des relations commerciales solides vient avant d'établir des engagements juridiquement obligatoires, or les relations commerciales se concrétisent d'après les usages commerciaux relatifs à un secteur commercial. Quelquefois la sanction sociale et commerciale d'une inexécution s'avère plus lourde qu'une sanction juridique car personne ne voudra entrer en relation commerciale avec quelqu'un qui manque de loyauté. En d'autres termes, la pression économique de ses pairs serait plus efficace sur une partie que la voie d'exécution forcée⁵².

Dans ces conditions le premier motif pour conclure des engagements d'honneur se montre comme l'exercice d'une pression économique sur l'autre partie. L'exclusion de toute règle étatique pourrait se présenter comme un autre motif, ainsi les parties se mettent en dehors du droit et s'écartent des systèmes juridiques déterminés. Finalement, si les parties voudraient cacher l'objet de leur accord parce qu'il est contestable devant la loi, en d'autres termes illicites, elles peuvent opter de conclure un engagement d'honneur plutôt que de former un contrat qui serait nul devant l'art. 27 CO. On rencontre souvent des engagements pareils pour les ententes cartellaires⁵³.

49 Les engagements d'honneur sont utilisés dans divers domaines : Entre le Japon et Etats-Unis en 1907 pour réduire la vague d'immigration des japonais au Etats-Unis dans le droit public international ; depuis des années 1930 entre la banque centrale suisse et les autres banques dans le domaine du droit bancaire ; en droit des assurances surtout pour les relations de réassurances etc. Pour la définition et champs d'applications multiples cf. Etienne Poltier, 'Les gentlemen's agreements à participation publique' (1987) *Revue de Droit suisse* 106 (3) 367, 369 ; Eric Dirix, 'Le « Gentlemen's Agreement » dans la théorie du droit et la pratique contemporaine' (1999) *Revue de Droit international et de Droit comparé* 76 (3) 223, 235 et s. ; Willem Grosheide 'The Gentlemen's Agreement in legal theory and in modern practice – The Dutch civil law perspective' in Ewoud Hondius (éd) *Netherland's Reports to the XVth International Congress of Comparative Law* (Intersentia 1998), 91, 108 ; Kuonen, 301 ; Schlosser, 348 ; Doğan, 84 ; Ayrancı, 95 ; Kocayusufpaşaoğlu, 111 ; Işintan, 88 et suivants. Pour une utilisation entre les associations et les municipalités voir Ergüne et Kurşun, 514 note 63.

50 Oğuzman et Öz soulignent l'absence de l'*animus contrahendi*. Voir Oğuzman et Öz, 43 note 33.

51 Ergüne et Kurşun, 514 ; on dit que c'est le domaine du *soft law*. Cf. Poltier, 372.

52 Kuonen, 301.

53 Kuonen, 301 ; Poltier, 379 ; Ayrancı, 95.

La question qui se présente est de savoir si les parties pourraient volontairement porter en dehors du droit un accord qui serait sinon sujet de l'ordre juridique⁵⁴. Sous l'empire du principe de la liberté contractuelle la capacité pour les parties de créer un accord dépourvu d'un effet juridique semble tout à fait possible. Quand même il peut y avoir certaines limites surtout pour protéger la partie faible qui perdrait dans cette hypothèse son couvert juridique. Un engagement d'honneur dont la seule intention est d'éviter la protection juridique d'une partie ou de commettre une fraude à la loi ne serait pas accepté comme valable en tenant compte de l'art. 2/al. 2 CC. Tant que selon cet article *l'abus de droit manifeste n'est pas protégé par la loi* la partie qui entend voler la protection juridique de l'autre n'aboutirait pas à ses fins⁵⁵. Encore, faut-il que l'objet de l'accord relève de la libre disposition des parties. Outre l'art. 26 et 27 CO qui règlent la liberté contractuelle, l'ordre public et la politique juridique ne laissent pas certaines matières dans la sphère de la libre disposition des parties. Ainsi, en matière de droit de la famille, du droit de travail ou de la protection des consommateurs on est obligé d'utiliser la juridiction étatique en cas de litige. A notre avis, un engagement d'honneur qui rend la protection juridique inefficace en ces matières en mettant les parties en dehors du droit ne serait pas permis et doit être considéré comme nul en raison d'incompatibilité avec l'ordre public. Pourtant, rien n'empêche les parties à suivre ce but illégal créé par cet engagement nul jusqu'à ce que les autorités publiques interviennent d'office ou par l'avis de la partie lésée par cet engagement. S'il faut animer on pourrait donner l'exemple des accords contre la concurrence. En droit turc, tout accord qui vise à empêcher, perturber ou restreindre directement ou indirectement la concurrence sur le marché des biens ou des services est réputé illégal et interdit par l'art. 4 de La Loi sur La Protection de la Concurrence⁵⁶. De même les accords portant sur l'abus de la position dominante sur le marché sont interdits par l'art. 6 de ladite loi. Cela dit, rien n'empêche les parties à les conclure sous forme de l'engagement d'honneur. Tels accords faits par les parties seraient nuls devant ces dispositions impératives et les prestations ne seraient pas exigibles (art. 56). La sanction, à part la nullité de l'accord, serait pécuniaire sous forme d'une peine administrative selon l'art. 16. C'est dire que les parties ne sont pas intouchables même si elles veulent se mettre en dehors du droit⁵⁷.

En ce qui concerne l'effet juridique des engagements d'honneur, comme tout autre document précontractuel, le critère déterminant se trouve dans la volonté des parties sans tenir au titre du document (art. 19 CO). Par principe on peut admettre que les parties en créant un engagement d'honneur ne veulent point s'engager juridiquement

54 Kocayusupaşaoğlu, 112.

55 İşintan, 98.

56 Loi no. 4054, Journal Officiel 13.12.1994/22140.

57 Voir aussi Conseil d'Etat Turc 13^{ème} Chambre, 288/3791, 13.12.2012; Conseil d'Etat Turc 13^{ème} Chambre, 2624/4608, 16.12.2015 (legalbank.net consulté le 29 Septembre 2023).

et elles veulent créer plutôt un rapport de complaisance⁵⁸. En ce faisant, les parties se confient à l'honneur du co-contractant plutôt que la sanction juridique. Le cas où l'une des parties ne se comporte pas comme un « gentleman » présente un risque mais ce serait plutôt un risque calculé pour l'autre partie.

En cas de doute, il faut admettre que sauf la preuve contraire on est en présence d'un contrat à proprement parler dans des situations où on peut constater des engagements par les parties. En d'autres termes, on ne pourrait pas présumer que la volonté des parties est de se placer en dehors du droit même si la liberté contractuelle leur présente cette option surtout concernant les relations commerciales. Bien qu'il soit important d'honorer la parole donnée, il est difficile d'imaginer qu'un directeur d'une entreprise qui va investir quelques millions d'Euros dans une affaire se contenterait d'un accord purement moral. Les parties doivent expressément déclarer leur volonté de démunir leur accord d'effet juridique⁵⁹. Une fois de plus l'interprétation des volontés des parties sous la lumière du principe de la confiance nous amènera une solution en tenant compte des termes utilisés par les parties ainsi que les usages commerciaux et les conditions sous lesquelles l'accord est accompli⁶⁰.

III. En guise de conclusion

La phase précontractuelle est dominée par le principe de la liberté des volontés or cette liberté est la raison pour laquelle on constate le caractère flou de cette phase. Tant que les parties sont libres de commencer et organiser le contenu de leurs pourparlers il est très difficile de cerner les bornes de ce processus d'une manière générale. Ce caractère se présente dans le cas où les parties décident de rédiger des documents précontractuels. L'examen de ces documents montre une multitude d'approche et de dénomination ainsi que de contenu. Nous avons précisé ci-dessus que les classifications ou dénominations qu'on fait pour ces documents restent la plupart du temps dans l'arbitraire et changent d'après les auteurs et leurs points de vue.

Nous avons montré que même dans la période précontractuelle les parties peuvent conclure des conventions qui visent la conclusion du contrat négocié. Certaines de ces conventions préparatoires tout en appartenant à la phase précontractuelle pourraient engendrer des obligations et devenir de vrais « contrats » tandis que les autres ne présentent pas un effet obligatoire. Ainsi, une fois de plus, les parties décident par leur volonté le caractère de ces documents. Face à un document précontractuel, ce qui s'avère important et déterminant est son contenu. En l'absence de toute disposition

58 Kuonen, 302. Pour une approche différente en droit français cf. Terré, Simler et Lequette, 66. Voir comme exemple de jurisprudence Cour de Cassation Civile, Chambre Commerciale, 23 Janvier 2007, 05-13.189, publié au bulletin (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017626520/> consulté le 29 Septembre 2023).

59 Dirix, 238. Cf. ég. en droit anglais *Rose & Frank Co. v. J.R. Crompton Ltd.* [1923] 2 KB 261, [1925] AC 445.

60 Grosheide, 113; Poltier, 372; İşıntan, 92.

légal concernant cette phase, l’art. 19 CO et les principes concernant l’interprétation des volontés se montrent quand même comme notre fil directeur pour déterminer le type et le caractère de ces documents.

Comité de lecture: Revue par les pairs à l’extérieur.

Conflit d’intérêts: L’auteur n’a pas de conflit d’intérêts à déclarer.

Divulgateur financier: L’auteur a déclaré que l’article proposé n’a pas reçu de soutien financier. Peer-review: Externally peer-reviewed.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Financial Disclosure: The author declared that this study has received no financial support.

La Bibliographie / Bibliography

Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C. V/1,1 Seçkin, 2019.)

Ayranç H, *Ön Sözleşme* (Yetkin 2006).

Barlas N, ‘Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri’ in *Makalelerim* (C.1, Vedat Kitapçılık 2008) 89- 111.

Demirsatan S, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi* (2e éd. On iki Levha 2021).

Dirix E, ‘Le « Gentlemen’s Agreement » dans la théorie du droit et la pratique contemporaine’ (1999) *Revue de Droit international et de Droit comparé* 76 (3) 223 – 245.

Doğan G, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)* (Yeditepe Üniversitesi Yayınları 2006).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26e éd. Yetkin 2021).

Ergüne M S et Kurşun A S, ‘TBK m. 29’ in Turgut Öz, Faruk Acar et al. (eds), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu* (C. 1 (Madde 1-82), Vedat Kitapçılık 2019).

Ergüne M S, *Olumsuz Zarar* (Beta 2008).

Esin İ G, *Birleşme ve Devralmalar*, (1^{ère} éd, On iki Levha 2020.)

Fontaine M et de Ly F, *Droit des Contrats Internationaux, Analyse et rédaction des clauses* (Bruylant 2003).

François C, ‘Présentation des articles 1112 à 1112-2 de la nouvelle sous-section 1 « Les négociations »’ in *La réforme du droit des contrats présentée par l’IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect1-negotiations/> consulté le 2 Juillet 2023.

Gönen D, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi 2021).

Grosheide W, ‘The Gentlemen’s Agreement in legal theory and in modern practice – The Dutch civil law perspective’ in Ewoud Hondius (éd) *Netherland’s Reports to the XVth International Congress of Comparative Law* (Intersentia 1998) 91 – 114.

Güvenç Ö, *Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu* (Adalet 2021).

Işintan P, *Sözleşme Müzakereleri* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü thèse de doctorat non-publiée 2009).

- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26^e éd. Turhan Kitabevi 2022).
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.1, 4e éd, Filiz Kitabevi 2008).
- Kocayusufoğlu N, *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi* (Sulhi Garan Matbaası 1959). (*Satış Vaadi*)
- Kuntalp E, *Karışık Muhtevalı Akit* (2^e éd, BTHAE 2013).
- Kuonen N, *La Responsabilité Précontractuelle* (Schultess 2007).
- Lake R B et Draetta U, *Letters of Intent and other precontractual documents* (2e éd, Butterworths 1994).
- Marcel Rehfofs, 'La Formation du Contrat et L'Avant-contrat en matière immobilière' (1965) *Semaine Judiciaire*, 305 – 336.
- Marchand S, *Clauses Contractuelles – Du bon usage de la liberté contractuelle* (Helbing Lichtenhahn 2008).
- Nomer H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (17e éd. Beta 2020).
- Oğuzman M K et Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C. 1, 20^e éd. Vedat Kitapçılık 2022).
- Oral T, 'Niyet Mektubu' in *TAAD* 7 (28) 145 – 171.
- Péloquin L et Assié C K, 'La Lettre d'Intention' in (2006) *Revue Juridique Thémis* 1 (40) 175-204.
- Poltier E, 'Les gentlemen's agreements à participation publique' (1987) *Revue de Droit suisse* 106 (3) 367 – 402.
- Schlosser R, 'Les lettres d'intention: portée et sanctions des accords précontractuels' in *Responsabilité Civile et Assurance : Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi* (Editions Bis et Ter 2000) 345 – 362.
- Schneider W T, 'La Codification d'Institutions Prétorienne' in Claude Witz et Filippo Ranieri (éds), *La Réforme du Droit Allemand des Obligations Colloque du 31 Mai 2002 et nouveaux aspects* (Société de Législation Comparée 2004) 39- 49.
- Şen Dođramacı H, 'Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu' (2022) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3 (30) 1043 – 1077.
- Serozan R, 'TBK m. 2' in Turgut Öz, Faruk Acar et al. (eds), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu* (C. 1 (Madde 1-82), Vedat Kitapçılık 2019).
- Sungurbey İ, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi* (Sermet Matbaası 1963).
- Taşatan C, *Sözleşmenin Kurulması* (On iki Levha 2021).
- Taşkın Z D, *Sözleşmenin Kurulması* (Oniki Levha 2020).
- Tekinay S S, Akman S et al., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7e éd, Filiz Kitabevi 1993).
- Tercier P, Pichonnaz P, Develiođlu M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2^e éd. On iki Levha 2020).
- Tercier P, Pichonnaz P, *Le Droit des Obligations* (6^e éd. Complétée et mise à jour, Schultess Editions Romandes 2019).
- Terré F, Simler P et Lequette Y, *Droit Civil Les Obligations* (8^e éd. Dalloz 2002).
- Witz C, 'Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France' in Claude Witz et Filippo Ranieri (éds), *La Réforme du Droit Allemand des Obligations Colloque du 31 Mai 2002 et nouveaux aspects* (Société de Législation Comparée 2004) 11-17.