



Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul

RESEARCH ARTICLE

Une étude sur les arrhes (au sens de l'art. 177 du COT), le dédit réel (l'art. 178 du COT) et la peine résolutoire (le dernier alinéa de l'art. 179 du COT)

Efe Can Yıldırım *

Résumé

Dans la vie quotidienne comme dans la vie commerciale, il arrive fréquemment que les parties exécutent ou s'engagent à exécuter certaines prestations afin de prouver le contrat qu'elles ont établi et parfois de se débarrasser des engagements qu'elles ont pris. Compte tenu de cette situation, le législateur, prenant en considération l'importance de ces habitudes séculaires, a introduit dans le Code turc des obligations des dispositions relatives aux arrhes, au dédit réel et à la peine résolutoire et y a attaché certaines conséquences juridiques. Cette étude vise à analyser chacun de ces concepts séparément en termes de théorie et de pratique. Dans le premier chapitre, les arrhes seront analysées du point de vue de sa nature, de sa fonction, de son sort en cas d'exécution ou d'inexécution de l'obligation de prestation principale, et de l'application ou non du dernier alinéa de l'art. 182 COT concernant la réduction de la clause pénale. Les dispositions du Code civil allemand concernant les arrhes seront notamment mentionnées - dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit turc. Dans le deuxième et troisième chapitres, les concepts du dédit réel et de la peine résolutoire, qui ont des fonctions similaires, seront examinés du point de vue de leur nature, de leurs fonctions, de leur sort en cas d'exécution ou d'inexécution de l'obligation de prestation principale, et de l'application ou non du dernier alinéa de l'art. 182 COT concernant la réduction de la clause pénale. Dans ce contexte, seule le droit suisse sera analysé pour l'examen de ces concepts, compte tenu de la nature exceptionnelle desdites dispositions.

Mots clés

Les Arrhes, Le Dédit Réel, La Peine Résolutoire, La Réduction, La Peine Conventionnelle

Abstract

Acts that parties fulfill or undertake to fulfill in order to prove a contract concluded or to be rid of an undertaken commitment are frequently encountered in both daily and commercial life. When taking this situation into consideration, legislators have considered the importance of these types of centuries-old habits by introducing regulations to the Turkish Code of Obligations (TCO) on earnest money, forfeit money, or withdrawal and termination by paying a penalty and attaching certain legal consequences. This study aims to analyze each of these concepts separately in terms of theory and practice. The first section will analyze earnest money from the point of view of its nature, function, and fate in the event of performance or non-performance of the main performance obligation, as well as the application or non-application of the last paragraph of Article 182 in the TCO concerning the reduction of the contractual penalty. In particular, the first section will discuss the provisions of the German Civil Code concerning deposits and their compatibility with Turkish law. The second and third chapters will examine the concepts and similar functions of forfeit money and withdrawal or termination by paying a penalty from the point of view of their nature, their functions, and their fate in the event of performance or non-performance of the main performance obligation, as well as the application or non-application of the last paragraph of Article 182 in the TCO concerning the reduction of the contractual penalty. In this context, these sections will only analyze Swiss law regarding the examination of these concepts, given the exceptional nature of these provisions.

Keywords

Earnest Money, Forfeit Money, Contractual Penalty, Reduction, Withdrawal or Termination by Paying a Penalty

* **Corresponding Author:** Efe Can Yıldırım (Res. Asst. Dr.), Istanbul University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Istanbul, Türkiye. E-mail: efecan@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-8287-542X

To cite this article: Yıldırım EC, "A study of Earnest Money (in terms of TCO art. 177), Forfeiture Money (TCO art. 178), and Withdrawal or Termination by Payment of Penalty (the last paragraph of TCO art. 179)", (2023) 73 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 207. <https://doi.org/10.26650/annaes.2023.73.0007>



Extended Summary

Acts that parties fulfill or undertake to fulfill in order to prove a contract concluded or to be rid of an undertaken commitment are frequently encountered in both daily and commercial life. When taking this situation into consideration, legislators have considered the importance of these types of centuries-old habits by introducing regulations to the Turkish Code of Obligations (TCO) on earnest money, forfeit money, or withdrawal and termination by paying a penalty and attaching certain legal consequences. This study aims to analyze each of these concepts separately in terms of theory and practice.

According to Art. 177 para. 1 of the TCO, a sum of money paid by one of the parties at the time of the conclusion of the contract is considered proof of the conclusion of the contract (*arrha confirmatoria*). Earnest money, by virtue of it facilitating a function in terms of proof of conclusion of the contract and accentuation of the binding nature of this legal act, strengthens the creditor's position, similar to the contractual penalty. The payment of earnest money does not constitute an agreement distinct from the contract to which it relates. If the contract for the conclusion of which the sum of money paid as evidence is invalid, the agreement between the parties concerning this performance will also be invalid. According to Art. 177 para. 2 of the TCO, earnest money whose evidentiary quality for the conclusion of a contract is as a general rule presumed by the legislator to be set off against the principal claim (i.e., the principal obligation of the paying party). Although the presumption of the second paragraph is that it is to be deducted from the principal performance, the retention of earnest money by the beneficiary without deduction may be provided for in accordance with an agreement between the parties. If the principal obligation of the payer becomes impossible due to a circumstance for which they are responsible, the earnest money that is given in principle as proof of the conclusion of the contract is to be deducted from the amount of damages that the debtor (payer) is obliged to pay in accordance with the new legal presumption under the terms of the Art. 177 para. 2 of the TCO. If the contracting party terminates the contract for which the earnest money was paid at the time of its conclusion due to a breach of contract by the payer, the fate of the earnest money will be determined by whether it is a resolution or a termination.

Forfeit money can be defined as a sum of money that provides the payer with the power to withdraw from the contract without requiring a valid reason (*licentia paenitendi*). According to Art. 178 of the TCO, forfeit money is paid at the time a contract is concluded, giving the contracting parties the power to withdraw from the contract. The agreement concerning the forfeit money must be concluded in accordance with the form of the contract to which it relates. When the forfeit money is delivered, the parties obtain *facultas alternativa* concerning the performance of their contractual obligations or the resolution/termination of the contract. According

to the first sentence in Art. 178 of the TCO, both parties are deemed to have the right to terminate the contractual relationship in the event of payment of the forfeit money. The rest of the article states the fate of the forfeit to be governed by the party terminating the contract. Thus, if the payer withdraws from the contract, the real forfeit money amount will remain with the beneficiary; if the beneficiary withdraws from the contract, they will be obliged to return double the forfeit money to the payer. If the right to withdraw from the contract is not exercised, the actual forfeiture should be set off against the principal claim in analogy with the Art. 177 para. 2 of the TCO, unless the parties agree otherwise. The question of whether the last paragraph of Art. 182 of the TCO concerning the reduction of the contractual penalty is applicable to the actual forfeit money is controversial. In a contract where the resolutive penalty has been stipulated, the creditor can only demand performance of the principal obligation. The creditor's claim for performance can be paralyzed by the debtor's payment of the penalty. If the parties have agreed on a penalty, the debtor is the one who must prove that it is also a resolutive penalty. In other words, the contractual penalty is presumed, not the resolutive penalty. Given the nature of the resolutive penalty, which differs fundamentally from the contractual penalty in that it only provides the debtor with the power to withdraw from the contract instead of remaining bound by it, it cannot be deduced under the terms of the last paragraph of Art. 182 in the TCO on the grounds that the sum is excessive even by analogy, unless the contracting parties attribute a contractual penalty to the resolutive penalty.

L'introduction

Dans la vie quotidienne comme dans la vie commerciale, il arrive fréquemment que les parties exécutent ou s'engagent à exécuter certaines prestations afin de prouver le contrat qu'elles ont établi et parfois de se débarrasser des engagements qu'elles ont pris. Compte tenu de cette situation, le législateur, prenant en considération l'importance de ces habitudes séculaires, a réglementé dans le Code des obligations turc les dispositions relatives aux arrhes, au dédit réel et à la peine résolutoire et y a attaché certaines conséquences juridiques. Cette étude vise à analyser chacun de ces concepts séparément en termes de théorie et de pratique.

I. Les arrhes au sens de l'art 177 du Code des Obligations Turc (*Arrha Confirmatoria*)

A. La disposition légale et la fonction des arrhes

L'art. 177 du Code des obligations turc intitulé "*Les arrhes*" est rédigé comme suit:

“Une somme d’argent donnée par une personne lors de la conclusion du contrat est réputé les donner en signe de la conclusion du contrat, et non à titre de dédit.

Sauf usage local ou convention contraire, les arrhes sont imputées sur la créance principale”

Selon le premier alinéa de cette disposition, une somme d'argent versée par l'une des parties lors de la conclusion du contrat est considérée comme une preuve de la conclusion du contrat (*arrha confirmatoria*)¹. Le même alinéa précise qu'il est présumé que le versement n'est pas réputé être dédit accordant à la partie payant le droit de se départir du contrat, conformément à *in favorem contractus*².

1 Les arrhes qui sont versées à titre de garantie fournie lors de la conclusion du précontrat, en d'autres termes *arrha imperfecto data*, n'est pas réglementée par la loi. Ce type des arrhes, qui peut être convenu dans le contrat conformément à l'autonomie de volonté, peut être remis pour l'effet contraignant de l'offre et donc pour la création d'un droit d'option au sens large en appartenant de toute façon au débiteur de l'option ou il peut s'agir seulement d'une exécution partielle ou d'une clause pénale convenue pour le cas où la partie du contrat s'abstient de conclure le contrat principal en violation de son obligation. Voir Volker Rieble, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 328-345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe)* (Nouvelle édition 2020, Sellier / de Gruyter 2020), BGB §336 N 11. Lorsque le contrat principal est conclu, ces arrhes doivent être restituées ou imputées sur la créance principale découlant de celui-ci. Voir Eugen Bucher, *Allgemeiner Teil des Obligationenrechts* (2^{ème} édition, Schultess 1988) 519; Peter Gauch et Walter R. Schlupe et Susan Emmenegger, *OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II* (11^{ème} édition, Schultess 2020) N. 3863. Il convient de noter que la disposition concernant *arrha confirmatoria* (COT art. 177) est appliquée par analogie à ce type. Voir Hermann Becker, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeinen Bestimmungen, Art. 1-183 OR* (2^{ème} édition, Stämpfli Verlag AG 1945) Art 158 N 2; Mehmet Erdem *La clause pénale, Étude comparative de droit suisse et de droit turc* (Ankara 2006) 26; Burcu Yağcıoğlu 'Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları' (2017) 19 (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan) DEÜHFD 1207, 1213.

2 Michel Mooser *Commentaire Romand, Code des obligations I*, Éditeurs: Luc Thévenoz et Franz Werro (3^e édition, Helbing Lichtenhahn Verlag 2021) Art. 158 N 3. Une disposition similaire est également rédigée dans le deuxième alinéa du paragraphe 336 du Code civil allemand comme suit: "*Les arrhes ne peuvent être considérées comme dédit en cas de doute.*" Cette présomption est l'expression de la nature contraignante du contrat. Voir Nisim Franko, "Pey Akçesininin

Les arrhes au sens de l'art. 177 du COT, en vertu de leur fonction facilitatrice en termes de preuve de la conclusion du contrat et d'accentuation du caractère contraignant de cet acte juridique³, renforcent la position du créancier similaire à la clause pénale⁴.

B. Le domaine d'application

Dans le droit moderne, les domaines les plus courants où l'on rencontre les arrhes au sens de l'art. 177 du COT dont l'application a considérablement diminué au fil du temps avec la mise à disposition de méthodes plus fiables par l'ordre juridique sont les ventes de produits agricoles, le commerce d'animaux ou les relations de travail domestique⁵. Dans le langage courant turc le terme "kapora" est utilisé pour exprimer ces arrhes⁶.

Ces arrhes trouvent un domaine d'application surtout dans les contrats qui ne doivent pas être conclus par écrit ou lorsque les parties ne se sont pas mises d'accord sur les points secondaires malgré leur intention de conclure un contrat ou quand il s'agit d'une coutume de conclure un contrat sous une forme écrite, auquel cas la présomption selon laquelle les parties ne seront pas liées tant que le contrat n'est pas signé peut être réfutée par la remise d'une somme d'argent⁷. Dans ce contexte, la nature de l'argent donné par les parties qui se sont entendues verbalement sur les éléments essentiels d'un contrat ultérieurement soumis à une forme particulière (de

Mahiyeti", (1996) LV (1-2) İÜHFMD 249, 258. En revanche, Serozan est d'avis que cette disposition est une réflexion malencontreuse du principe de "pacta sunt servanda". Pour cela, voir Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (2^{ème} édition, Vedat 2007) 215.

- 3 Pour la nature déclaratoire voir Hugo Oser et Wilhelm Schöenberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183* (2^{ème} édition, Schulthess & Co 1929) Art 158 N 1; Serpil Altop, *Roma Malvarlığı Hukukunda Pey Akçesi "Arra"* (Istanbul 1994) 122.
- 4 Katja Roth Pellanda, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*, Éditeurs: Andreas Furrer et Anton K. Schnyder (Schulthess Juristische Medien AG 2016) Art. 158 N 3; dans le même sens voir Daniel Wuffli, *Orell Füssli Kommentar; OR Kommentar; Schweizerisches Obligationenrecht* (3^e édition, Orell Füssli 2016) Art 158 N 2; Wolfgang Walchner, *Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, Band 2: §§241-853*, Éditeurs: Barbara Dauner-Lieb et Werner Langen (4^e édition, Nomos 2021) BGB § 336 Rn 1. Même si elles ont une fonction similaire, les arrhes au sens de l'art. 177 du COT diffèrent de la clause pénale en ce qu'elles sont remises lors de la conclusion du contrat et non lors de la survenance de l'obstacle à l'exécution. Voir Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3^e édition, Schulthess 2019) N 1246. Sur la fonction de garantie des arrhes voir Yağcıoğlu (n 1) 1215-1216.
- 5 Andreas von Tuhr et Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)* (3^e édition, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984); Oser et Schöenberger (n 3) Art 158 N 1; dans le même sens voir Yağcıoğlu (n 1) 1213.
- 6 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II* (2^{ème} édition, Fakiülteler Matbaası 1977) 374; Ferit H. Saymen et Halid K. Elbir, *Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, İkinci Cilt* (İsmail Akgün Matbaası 1958) 827; Mehmet Erdem, 'Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı', *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt: I* (Vedat Kitapçılık 2009) 665; Yağcıoğlu (n 1) 1215. Certains auteurs utilisent l'expression de "kapora" pour exprimer non seulement les arrhes mais aussi le dédit réel et l'exécution partielle. Voir Selahattin Sulhi Tekinay et Galip Sermet Akman et Haluk Burcuoğlu et Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7^e édition, Filiz Kitabevi 1993) 338. Bien que l'expression de "kapora" soit couramment utilisée pour exprimer les arrhes Franko prétend qu'il s'agit d'une traduction erronée de "cappara penitentialis" dans le code civil italien. Voir Franko (n 2) 252. Oğuzman et Öz utilisent ce terme pour le dédit réel. Voir M. Kemal Oğuzman et M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II* (17^e édition, Vedat 2022) N 1639.
- 7 Bucher (n 1) 516 note 3.

façon volontaire) est controversée dans la doctrine. Alors qu'un avis affirme que l'argent donné est considéré comme *arrha imperfecto data* pour un certain contrat à établir dans le futur⁸, l'autre soutient que l'argent remis est sous forme des arrhes qui servent à réfuter la présomption de l'art 17 du COT selon laquelle les parties qui ont convenu de donner une forme spéciale sont réputées n'avoir entendu se lier que dès l'accomplissement de cette forme⁹. Étant donné que la somme d'argent versée dans la possibilité susmentionnée n'est pas basée sur un précontrat¹⁰ et est remise comme preuve de la nature contraignante des négociations du contrat principal, nous pensons qu'il est plus correct d'accepter qu'il ne s'agisse pas d'*arrha imperfecto data* mais des arrhes données pour lier les parties au contrat qu'elles souhaitent conclure, contrairement à la présomption règlementée par le premier alinéa de l'art. 17 COT.

C. La nature et le contenu des arrhes

Dans le premier alinéa de l'art. 177 du COT, une présomption¹¹ a été prévue par le législateur en ce qui concerne la nature d'une somme d'argent versée lors de la conclusion du contrat¹². En vertu de cette présomption, cette exécution qui ne constitue pas une indication du contenu du contrat prouve seulement la conclusion de celui-ci¹³. Dans ce contexte, il faut souligner que la conclusion du contrat peut

8 von Tuhr et Escher (n 5) 289; Oser et Schöenberger (n 3) Art 158 N 2.

9 Bucher (n 1) 520; Markus Widmer et Renato Constantini et Felix R. Ehrat, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR*, Éditeurs: Corinne Widmer Lüchinger et David Oser (7^e édition, Helbing Lichtenhahn Verlag 2020) Art 158 N 9; Pellanda (n 4) Art 158 N 16.

10 En fait, la convention sur la forme réservée ne constitue pas un précontrat. Voir Arif Bariş Özbilin, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2016) 123.

11 Le second alinéa de l'art. 190 du code de procédure civile est rédigé sur les présomptions légales comme suit: "La partie qui se prévaut d'une présomption légale n'a la charge de la preuve qu'en ce qui concerne les faits qui constituent le fondement de la présomption. Sauf exceptions prévues par la loi, l'autre partie peut prouver le contraire de la présomption légale." Pour un exemple de présomption voir Serpil Işık, "Medenî Usûl Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60^{ıncı} Maddesinin Değerlendirilmesi" (2023) 9 (2) AndHD 391 note 52. Les présomptions de fait par ailleurs réfutables sont des règles particulières en matière de charge de la preuve. Voir Vildan Peksöz, *Hukuk Muhakemesi Kapsamında Karıneler ve Faturanın Hukuki Niteliği* (Thèse de maîtrise non publiée 2014) 80.

12 Saymen et Elbir (n 6) 828; Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3859; Mooser (n 2) N 2; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) N 4; Erdem (n 6) 667; Oğuzman et Öz (n 6) N 1641; Fikret Eren et Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt: III (m. 83-206)* (Yetkin 2022) M 177 N 1; İlhan Helvacı, *Le droit turc du contrat* (Schultess 2018) 254. En droit allemand dans le même sens sur BGB § 336 voir Peter Gottwald, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht Allgemeiner Teil II*, Éditeur: Wolfgang Krüger (8. Auflage, CH Beck 2019) BGB § 336 Rn 8; Walter Lindacher, *Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5/3, Schuldrecht 3/3, §§ 328-432* (13^e édition, Verlag W. Kohlhammer 2010) § 336 Rn 1; Christian Janoschek, *Beck'sche Online-Kommentar*, Éditeurs: Wolfgang Hau et Roman Poseck (66^e édition CH Beck 2023) BGB § 336, Rn 1; Wolfgang Walchner (n 4) BGB § 336 Rn 4; Astrid Stadler, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, Éditeur: Rolf Stürmer (18^e édition, CH Beck 2021) §§ 336-338 Rn 1; Martin Fries et Reiner Schulze, *Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (11^e édition, Nomos 2022) § 336 Rn 1. En soulignant que BGB § 336 est une règle de preuve et non une règle d'interprétation Rieble (n 1) § 336, Rn 1. *Serozan* soutient que cette disposition malencontreuse et seulement supplétive devrait être subordonnée au principe de la confiance découlant de l'art 2 du TCC et que le juge devrait avoir la possibilité de déterminer librement la nature de la conclusion du contrat en interprétant les déclarations de volonté des parties contractantes à la lumière des intérêts concrets et, le cas échéant, en les assumant. Voir *Serozan* (n 2) 215-216 et note 34.

13 Wolfgang Walchner (n 4) BGB § 336 Rn 4. Même si la notion des arrhes est traitée par le législateur concernant les obligations contractuelles, il est admis aussi qu'il est possible de verser des arrhes pour celles découlant d'autres actes juridiques. Voir Pellanda (n 4) Art 158 N 2. La fonction probatoire des arrhes est limitée en cas de litige. Si le contrat dont l'existence est alléguée n'a pas été pas fait par écrit aux termes de l'art. 200 du code procédure civile turc il est impossible de la prouver en établissant le versement des arrhes dont la somme est inférieure du plafond citée dans ledit article par

être aussi prouvée -par d'autres moyens- sans établir le versement des arrhes et que la caractéristique de preuve de celles-ci peut également être réfutée¹⁴ en démontrant que la somme d'argent a été versée pendant la période où le contrat n'était pas encore conclu¹⁵. En outre, l'une des parties (en général la partie donnant) peut prouver que la somme d'argent a été versée afin de résilier librement le contrat de sorte que cette exécution soit considérée du dédit réel.

Dans la plupart des cas, comme l'a adopté le législateur dans son choix d'expression lors de la rédaction dudit article, la remise des arrhes est réalisée sous forme du paiement d'une certaine somme d'argent. Par conséquent, en règle générale, les arrhes sont transférées dans le patrimoine de du contractant¹⁶. En outre le transfert de toutes sortes de biens ou de droits, et même le transfert de possession d'une chose¹⁷ (comme dans le cas où les arrhes ne peuvent pas être imputées sur la créance principale¹⁸) peut théoriquement constituer une preuve de la conclusion du contrat¹⁹.

Comme les arrhes sont versées au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas promises, il n'est pas possible d'intenter une action en exécution des arrhes²⁰.

Le versement des arrhes ne forme pas une convention distincte du contrat auquel elle se rapporte²¹. Les arrhes ne sont pas un élément essentiel ni une forme de validité

témoignage. Voir Rıza Düzceer, 'Pey Akçesi ve Zımanı Rücu', (1956) 3 (3) Adalet Dergisi 342, 344-345.

- 14 Dieter Medicus et Stephan Lorenz, *Juristische Kurz-Lehrbücher, Schuldrecht I* (22^e édition, C.H. Beck 2021) § 43 Rn. 2.
- 15 Dans le même sens Gottwald (n 12) BGB § 336 Rn 8.
- 16 Janoschek (n 12) BGB § 336 Rn 1; dans le même sens Mooser (n 2) Art. 158 N 1.
- 17 Rieble (n 1) § 336 Rn 4; Gottwald (n 12) BGB § 336 Rn 7; Janoschek (n 12) § 336, Rn 1. Cf. Wolfgang Walchner (n 4) BGB § 336 Rn 3. En outre cet auteur indique que le bénéficiaire obtient également la possession et la propriété dans le cas où les arrhes ne peuvent pas être imputées sur la créance principale. À notre avis, sous la lumière de la liberté contractuelle, il n'y a pas d'obstacle à ce que les parties se mettent d'accord sur la mise d'un objet à disposition pour l'usage d'une chose -sous forme du transfert de possession- en tant qu'arrhes au sens de l'art. 177 du COT.
- 18 Pour plus d'explications sur cette possibilité voir p 216-217.
- 19 Rieble (n 1) § 336 Rn 4. La majorité de la doctrine se contente d'indiquer qu'une autre chose que de l'argent peut être remise comme des arrhes. Voir Altop (n 3) 122; Franko (n 2) 256; Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO* (2^e édition Stämpfli 1997) 860, Erdem (n 1) 27; Marc Wolfer, *Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage* (Dike Verlag 2012) N. 61 note 136; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 6; Pellanda (n 4) Art 158 N 4; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 1037. En revanche, puisque le législateur mentionne explicitement le terme "argent" dans le premier alinéa de l'art. 177 du COT, Yağcıoğlu prétend que les arrhes peuvent consister seulement en argent. Voir Yağcıoğlu (n 1) 1212. À notre avis, bien que l'art. 177 du COT mette l'accent -contrairement au règlement équivalent du code civil allemand- sur la caractéristique monétaire des arrhes nous ne sommes pas d'accord avec cette interprétation étroite en tenant compte à la fois du fait que les arrhes consistent en une preuve pour la conclusion du contrat et de la nature supplétive dudit article. Tandis que cela n'est pas habituel, nous sommes d'avis que la preuve de la conclusion du contrat est également possible avec un autre chose qu'une somme d'argent.
- 20 Becker (n 1) Art 158 N 4; Erdem (n 1) 28; dans le même sens Franko (n 2) 253. Il ne faut pas en conclure que l'exécution de la somme de l'argent promise lors de la conclusion du contrat ne peut pas être poursuivie. Dans le cas susmentionné, bien qu'il soit possible d'intenter une action en exécution de l'argent contre le promettant, ce qui est exigé n'est pas conceptuellement les arrhes au sens de l'art. 177 du COT. Dans le même sens Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3862; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 7. En fait, la notion d'arrhes consensuelles est contradictoire. Voir Roger Secretan, *Étude sur la clause pénale en droit suisse* (Imprimerie La Concorde 1917) 19.
- 21 Cette situation est exprimée de différentes manières dans la doctrine. Certains auteurs qualifient le versement des arrhes de contrat accessoire [Voir Janoschek (n 12) BGB § 336 Rn 1] tandis que d'autres le considère comme une partie du contrat dont la conclusion est prouvée [Wolfgang Walchner (n 4) BGB § 336 Rn 4]. Un autre avis analysant plus en détail

pour la conclusion d'un contrat²². Les arrhes ne constituent que la preuve de la formation d'un contrat valablement conclu. Dans ce contexte, un contrat qui n'a pas été fait conformément aux conditions de validité ne peut être considéré comme valable en raison du fait qu'une certaine somme d'argent a été versée lors de la conclusion²³. Si le contrat pour la conclusion duquel la somme d'argent versée à titre probatoire est non valable, l'accord entre les parties concernant cette exécution ne sera pas valable²⁴, et dans ce contexte, la somme versée comme preuve de la conclusion de cet acte juridique sera restituée²⁵, par principe, dans le cadre des dispositions relatives à l'enrichissement illégitime²⁶.

En règle générale, les arrhes peuvent être remises à l'autre partie du contrat. En outre il est aussi possible de les verser au tiers²⁷.

D. Le sort des arrhes en cas d'exécution de la créance principale

Le sort des arrhes est régi par le second alinéa de l'art. 177 du COT comme suit :

“Sauf usage local ou convention contraire, les arrhes sont imputées sur la créance principale”

soutient que les arrhes sont une exécution unilatérale de la partie versant fondée sur l'accord réel des parties contractantes de conclure un contrat principal valide et que les arrhes ne reposent donc pas sur un accord distinct [Rieble (n 1) § 336 Rn 5; dans ce contexte cet auteur considère le versement des arrhes comme prestation sans cause juridique” voir Rieble (n 1) § 337 Rn 1]. *Feyzioğlu et Tekinay et al.* se contentent d'indiquer que les arrhes sont accessoires de la dette principale Feyzioğlu (n 6) 376; Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 339. Cependant *Yağcıoğlu* prétend que les arrhes sont “un accessoire indépendant du contrat conclu “. Pour cela, voir *Yağcıoğlu* (n 1) 1220. A notre avis, cette qualification est contradictoire si l'on tient compte du fait que l'adjectif “indépendant” signifie “non accessoire”.

- 22 Rieble (n 1) § 336 Rn 2 ; dans le même sens Medicus et Lorenz (n 14) § 43 2.
- 23 Secretan (n 20) 21; Gottwald (n 12) BGB § 336 Rn 9; Janoschek (n 12) BGB § 336 Rn 1; Wolfgang Walchner (n 4) BGB § 336 Rn 4. Dans le contexte de la violation des exigences de la forme dans le même sens Martin Fries et Reiner Schulze (n 12) § 336 Rn 1.
- 24 Altop (n 3) 123; Düzceer (n 12) 343.
- 25 Selon un autre arrêt de la Cour de cassation, lorsque le contrat pour la future conclusion de laquelle les arrhes sont versées n'est pas conclu sans faute des parties les arrhes doivent être restituées. Voir 19^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 01.12.2016 dossier no: 2016/4403 décision no: 2016/15392. Dans un autre arrêt portant sur le second alinéa de l'art. 156 du CO no : 818, la Cour de cassation admet la restitution des arrhes même si la conclusion est empêchée par la faute du verseur. Voir 19^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 20.01.2016 dossier no: 2015/9931 décision no: 2016/442 (Kazancı).
- 26 Gottwald (n 12) Rn. 9; Wolfgang Walchner (n 4) BGB § 336 Rn 4; Rieble (n 1) BGB § 337 Rn 9; Janoschek (n 12) BGB § 336 Rn 1; von Tuhr et Escher (n 5) 287; Bucher (n 1) 517; Düzceer (n 12) 349; Franko (n 2) 253 ; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 8; Wuffli (n 4) Art 158 N 6 ; Feyzioğlu (n 6) 376 ; Erdem (n 1) 27; Hüseyin Hatemi et Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm* (5^e édition Filiz 2021) 410; Yağcıoğlu (n 1) 1220-1221; Eren et Dönmez (n 12) M 177 N 5 ; Mooser (n 2) Art 158 N 5a; voir l'assemblée plénière des chambres civiles de la Cour de cassation datée du 17.06.2020 dossier no: 2017 /13-592 décision no: 2020/430; 3^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 15.11.2018 dossier no 2017/1137 décision no 2018/11653 (Kazancı). Certains auteurs prétendent que la restitution des arrhes peut être exigée en outre par voie d'action en revendication. Voir Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 340; Altop (n 3) 125. Comp *Oğuzman et Öz* indiquant que la base juridique de l'obligation de restitution est l'enrichissement illégitime ou l'exécution d'une obligation de restitution. Voir *Oğuzman ve Öz* (n 6) N 1645; Seda Öktem Çevik, ‘Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası’ *Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Cilt: III*, Éditeurs: Herdem Belen et İsmail Altay (İstanbul Barosu Yayınları 2014) 97, 112. Dans le cas où le versement des arrhes consiste en transfert de possession d'une chose dans le cas susmentionné la possession peut être restitué par voie d'action en revendication et/ou *condictio possessionis*. Pour plus d'explications sur la comparaison de la restitution fondée sur l'enrichissement illégitime avec la restitution par voie d'action en revendication et celle dans le cadre de *condictio possessionis* voir Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme* (Kazancı 1990) 62-63, 66-67.
- 27 Pellanda (n 4) Art 158 N 4.

Selon cette disposition, en règle générale, les arrhes dont la qualité probatoire pour la conclusion du contrat est présumée par le législateur sont imputées sur la créance principale (l'obligation principale de la partie versant). Toutefois, si la disposition contractuelle convenue par les parties ou l'usage locale prévoit que le bénéficiaire les garde, les arrhes ne seront pas imputées.

Par son contenu, le second alinéa de l'art. 177 du COT diffère substantiellement du second alinéa de l'art. 158 du code des obligations suisse dont le code des obligations turc est fortement influencé. En effet ce dernier accentuant la qualité purement probatoire des arrhes est rédigé comme suit :

*“Sauf usage local ou convention contraire, celui qui a reçu les arrhes les garde sans avoir à les imputer sur sa créance.”*²⁸

Cependant, la disposition turque est concordante au premier alinéa du paragraphe 337 du code civil allemand²⁹. En effet, le premier alinéa du paragraphe 337 du code civil allemand est rédigé comme suit :

“En cas de doute, les arrhes sont imputées sur la prestation due par le verseur ou, si cela n'est pas possible, être restituées lors de l'exécution du contrat.”

La règle énoncée au second alinéa de l'art. 177 du COT selon laquelle les arrhes doivent être déduites³⁰ sur la créance principale révèle que le fait que les arrhes, en règle générale, ne sont pas supplémentaires³¹ par rapport à l'obligation principale due³². Bien que cette règle interprétative vise à révéler l'intention réelle des parties

28 Cette présomption prévue la disposition suisse qui n'est pas réaliste (sauf peut-être dans des cas de coutumes ancestrales) ne correspond pas aux conceptions actuelles des affaires. Pour cette critique voir Bucher (n 1) 516; dans le même sens Huguenin (n 4) 1244. Par conséquent, cette présomption doit être interprétée de manière restrictive voir Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art. 158 N 7. Selon Engel précisant que si le montant des arrhes excèdent manifestement le but quasi symbolique de cette exécution cette présomption peut être facilement renversée. Voir Engel (n 19) 860-861; dans le même sens Becker (n 1) Art 158 N 3; Erdem (n 1) 28; Gaspard Couchevin, *La clause pénale- Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction* (Schultess Juristische Medien 2008) N 1097. Dans ce contexte, en droit suisse, le versement des arrhes signifie une extension de l'obligation du débiteur. Voir von Tuhr et Escher (n 5) 287; Gauch et Schluep et Emmenegger (n 1) N 3859; Mooser (n 2) Art 158 N 4; dans le même sens Pellanda (n 4) Art 158 N 14.

29 Le deuxième alinéa de l'art. 156 du code des obligations turc no: 818 du 22.04.1926 est rédigé de manière à correspondre exactement au celui de l'art. 158 du COS comme suit: *“Sauf usage local ou convention contraire, celui qui a reçu les arrhes les garde sans avoir à les imputer sur sa créance.”* Toutefois pendant la période où la loi susmentionnée était en vigueur il était admis que de nombreux usages locaux étaient en faveur de l'imputation des arrhes sur la créance principale. Voir Saymen et Elbir (n 6) 829; Feyzioğlu (n 6) 376; Erdem (n 1) 28; Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 340; Altop (n 3) 123.

30 Pour une interprétation *contra legem* de cette nouvelle disposition voir Eren et Dönmez (n 12) M 177 N 4.

31 En droit allemand voir Rieble (n 1) § 337 Rn 1; Gottwald (n 12) § 337 Rn 2; Martin Fries et Reiner Schulze (n 12) § 337 Rn 1.

32 Dans la pratique, on constate que les promotions sont accordées spécialement pour engager le bénéficiaire à conclure un contrat. Lorsqu'un contrat est conclu, le promoteur promet une nouvelle prestation différente de celle fournie avant cet acte juridique. Les arrhes au sens de l'art. 177 du COT diffèrent de la promotion, car leur but n'est pas d'assurer la conclusion du contrat, mais de la prouver. Voir Wolfgang Walchner (n 4) § 336 Rn 7. Dans ce contexte les programmes de fidélités (Miles & Miles, Pegasus BOLBOL) ne sont pas des arrhes non plus. Voir Rieble (n 11) § 336 Rn 8. De même, l'argent remis à une personne pour résilier un contrat et conclure un nouveau avec une autre personne - compte tenu de la différente fonction du paiement (rémunérant la volonté de la conclusion du contrat) et du montant élevé- ou les frais de la conclusion du contrat ne sont pas des arrhes. Voir Rieble (n 1) § 336 Rn 9-10.

en fonction de la nature des affaires, l'existence de cette présomption en cas de doute n'empêchera pas le juge de s'efforcer de rechercher si leurs intentions sont orientées dans une autre direction par le biais d'interprétation³³.

Comme cette acquisition ne constitue pas non plus l'exécution d'une obligation, elle ne peut pas être considérée comme celle d'une partie de l'obligation (exécution partielle)³⁴. Cependant, si les arrhes qui sont prévues pour être imputées sur la créance principale en vertu du second alinéa de l'art. 177 du COT³⁵ sont déductibles³⁶ ils deviennent presque une exécution partielle, bien que leur nature soit différente³⁷.

Afin que l'imputation visée au second alinéa de l'art. 177 du COT puisse être réalisée les arrhes et la créance principale doivent être de même espèce (argent ou autre bien)³⁸. Dans ce contexte, étant donné que dans la pratique, les arrhes sont presque toujours remises en argent, la créance principale doit porter également sur une somme d'argent pour l'application dudit article.

Dans le cas où les arrhes et la créance principale sont de même espèce, l'imputation aura lieu sans qu'aucune déclaration à ce sujet ne soit nécessaire. Le moment de la déduction dépend de la question de savoir si l'obligation du verseur peut être exécutée avant son échéance ou non. Si elle ne peut pas être exécutée avant l'échéance l'imputation sera suspendue jusqu'à celle-ci³⁹.

Bien que la présomption du second alinéa soit de les imputer de la prestation principale, la retenue des arrhes par le bénéficiaire sans imputation peut être prévue conformément à la convention des parties. Cet accord peut être fondé sur des déclarations expresses de volonté, ou il peut être conclu implicitement, comme dans le cas où les arrhes et la créance principale ne sont pas de même espèce (par exemple, la bague offerte pour la conclusion des fiançailles).

33 Par conséquent, l'interprétation et l'usage local ou commun, peuvent conduire à la conclusion que les arrhes sont une prestation supplémentaire. Voir Rieble (n 1) § 337 Rn 4.

34 Gottwald (n 12) BGB § 337 Rn 3. En fait, l'exécution partielle peut avoir lieu en tant que paiement anticipé de la prestation promise ou avant que le contrat ne devienne contraignant et l'expiration du droit à sa restitution en cas de survenance d'obstacle à l'exécution est exclue de par la loi. Voir Stadler (n 12) BGB §§ 336-338 Rn 2. Il convient toutefois de noter que si l'exécution partielle a lieu au moment de la conclusion du contrat, elle remplit également une fonction similaire à celle des arrhes, bien qu'elle soit de nature complètement différente. Voir Rieble (n 1) § 336 Rn 6.

35 Ce règlement peut être qualifié de disposition légale d'extinction. En ce qui concerne le premier alinéa du paragraphe 337 du code civil allemand dans le même sens voir Wolfgang Walchner (n 4) BGB § 337 Rn. 2. *Von Tuhr et Escher* prétendent que par l'imputation des arrhes sur la créance principale une exigibilité particulière est déterminée. Voir von Tuhr et Escher (n 5) 287.

36 En cas d'exécution partielle comme il s'agit de la prestation propre du débiteur qui est exécutée, l'imputation de celle-ci est réalisée conformément au premier alinéa de l'art. 100-102 de COT et non au premier alinéa de l'art. 177 du COT. Dans le même sens en droit allemand Rieble (n 1) BGB § 336 Rn 7.

37 Dans le même sens Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26^e édition Turhan 2022) 987; aux termes du second alinéa de l'art. 156 du CO no: 818 voir Feyzioğlu (n 6) 376. Néanmoins, en ce qui concerne la possibilité susmentionnée, Yağcıoğlu prétend que les arrhes constituent une exécution partielle. Voir Yağcıoğlu (n 1) 1214.

38 Rieble (n 1) § 337 Rn 2.

39 Dans le même sens en droit allemand Rieble (n 1) § 337 Rn 3.

La retenue des arrhes chez le bénéficiaire peut également résulter de l'existence d'un usage local⁴⁰ même en l'absence d'une telle convention.

En cas de leur retenue, les arrhes ne sont pas imputées sur la créance principale et restituées conformément à l'article 103 du COT après l'exécution de l'obligation principale⁴¹. Dans les cas où les arrhes ne sont pas imputées, la question de savoir les dispositions selon lesquelles la restitution au verseur aura lieu est controversée. Une opinion soutient que cette restitution doit avoir lieu conformément aux dispositions relatives à l'enrichissement illégitime⁴² et une autre prétend qu'elle doit avoir lieu conformément aux dispositions relatives à la liquidation du contrat⁴³. Le fait qu'elles soient -par principe- restituées⁴⁴ distingue les arrhes de la prestation supplémentaire que le bénéficiaire peut retenir même après l'exécution de la dette⁴⁵. À notre avis, au cas où il n'est pas possible d'imputer les arrhes sur la créance principale elles doivent être restituées conformément aux dispositions relatives à la liquidation du contrat. En fait, si la nature des arrhes se prêtait à l'imputation ou si les parties n'en avaient pas convenu autrement la remise des arrhes servant à prouver la conclusion du contrat a une fonction similaire à l'exécution partielle donc elle ne peut constituer un enrichissement illégitime en cas de l'extinction de la principale par exécution⁴⁶.

L'art. 177 du COT ne contient aucune disposition sur la question de savoir quand l'obligation de restitution devient exigible lorsque les arrhes doivent être remboursées. À notre avis, elle devient exigible lors de l'exécution de la prestation principale du verseur découlant du contrat. En fait, avec cette exécution, la nature probatoire des arrhes disparaîtra⁴⁷.

40 Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que les parties aient connaissance de l'existence d'un usage locale pour que naisse l'obligation de retenir. Comp Oser et Schönerberger (n 3) Art 158 N 3.

41 Dans le même sens aux termes du second alinéa de l'art. 156 du CO no: 818 ou de l'art. 158 COS Feyzioğlu (n 6) 378; Secretan (n 20) 30; Erdem (n 6) 669; comp Huguenin (n 4) N 1244; pour l'opinion minoritaire s'opposant à la restitution et que nous ne rejoignons pas voir Saymen et Elbir (n 6) 829. Le premier alinéa du paragraphe 337 du code civil allemand indique clairement que si l'imputation des arrhes n'est pas possible, elles doivent être restituées lors de l'exécution du contrat.

42 Rieble (n 1) BGB § 337 Rn 6.

43 Gottwald (n 12) § 337 Rn. 4; Janoschek (n 12) § 337 Rn 1; Stadler (n 12) §§ 336-338 Rn 3.

44 Il convient également de noter que les fiancées munies d'une bague de fiançailles ne se la rendent pas l'un à l'autre même si elles se marient. Voir Rieble (n 1) § 337 Rn.7.

45 Wolfgang Walchner (n 4) § 337 Rn 3; Medicus et Lorenz (n 14) § 43 Rn 2.

46 La restitution fondée sur l'enrichissement illégitime (en raison de prestation) est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister. Pour plus d'explications voir Öz (n 26) 81-122. Dans ce cas aucun de ces trois cas n'existe en l'espèce.

47 L'obligation du verseur et celle de restitution du bénéficiaire doivent être exécutées simultanément. Voir Rieble (n 1) § 337 Rn 6. En plus pour les explications détaillées sur l'exigibilité voir aussi Serpil Işık, "7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi" (2022) 28 (1) MÜHFHAD 429-430.

E. Le sort des arrhes en cas d'inexécution et de la résiliation du contrat

Ni le code des obligations turc ni le code des obligations suisse ne contient de disposition sur le sort des arrhes en cas d'obstacle à l'exécution de l'obligation principale du verseur. Néanmoins dans le Code civil allemand, où les arrhes sont réglementées de manière plus détaillée ce sort est régi par le paragraphe 338⁴⁸.

Il est utile d'analyser les conséquences juridiques en fonction de deux possibilités.

1. Si les arrhes sont imputables sur la créance principale (conformément à la présomption légale)

Si l'exécution de l'obligation principale du verseur devient impossible en raison d'une circonstance qui lui est imputable, en cas d'exigence des dommages intérêts aux termes de l'art. 112 du COT les arrhes remises en preuve de la conclusion du contrat -conformément à la nouvelle présomption légale aux termes du second alinéa de l'art. 177 du COT- devront être imputées sur le montant des dommages-intérêts⁴⁹. Cette conclusion juridique sera également valable si le bénéficiaire réclame ses dommages-intérêts en renonçant à l'exécution de l'obligation à la suite de la demeure fautive du débiteur (verseur) dans un contrat bilatéral⁵⁰.

Si le débiteur (verseur) faillit à son obligation telle qu'elle prévue dans le contrat (mauvaise exécution) en raison d'une circonstance qui lui est imputable, en cas d'exigence des dommages intérêts selon l'art. 112 du COT elles devront être imputées sur le montant des dommages-intérêts que le débiteur (verseur) est tenu de payer⁵¹.

Si le contractant met fin au contrat pour lequel les arrhes ont été remises lors de sa conclusion en raison d'une violation du contrat par le verseur, pour le sort des arrhes il sera déterminant qu'il s'agit d'une résolution ou d'une résiliation. A moins qu'il n'y ait une convention entre les parties à cet égard⁵², la résolution du contrat nécessite la

48 "Si la prestation due par le verseur devient impossible en raison d'une circonstance qui lui est imputable ou si le verseur est responsable de la résiliation du contrat, le bénéficiaire est en droit de retenir les arrhes. Si le bénéficiaire réclame des dommages-intérêts pour inexécution, en cas de doute les arrhes doivent être imputées ou, si cela n'est pas possible, restituées lors de l'exécution des dommages-intérêts."

49 En droit allemand dans le même sens Rieble (n 1) § 338 Rn 5; Gottwald (n 12) § 338 Rn 3. En droit suisse en se référant du second alinéa du paragraphe 338 allemand et le comparant avec la présomption de la disposition suisse dans le même sens Bucher (n 1) 517; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 8; pour le cas où les arrhes sont imputables dans le même sens en indiquant l'application par analogie du second alinéa de l'art 161 COS (de celui de l'art 180 COT) Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3861. En droit turc sans faire de distinction sur la possibilité d'imputation sur la créance principale) pour l'imputation des arrhes sur les dommages-intérêts voir Işıl Yelkeni, *Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Koşulu* (Thèse de doctorat non publiée 2022) 250; voir aussi 11^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 14.02.2014 dossier no: 2014/423 décision no: 2014/2613 (Kazancı).

50 Yağcıoğlu (n 1) 1224. Voir 19^e Chambre civile de la Cour de cassation datée du 26.09.2018 dossier no: 2017/4080 décision no: 2018/4534 (Kazancı).

51 Huguenin (n 4) N 1245; Rieble (n 1) § 338 Rn 5; en droit suisse dans le cas où les arrhes sont imputables sur la créance principale Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht* (3^e édition Stämpfli Verlag 2018) N 1825.

52 Dans le cas de l'exercice de droit de résiliation réservé dans le contrat, le sort des arrhes est soumis aux dispositions pertinentes du contrat. Voir 13^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 18.04.2019 dossier no 2016/10686 décision no 2019/5130 (Kazancı)

restitution des arrhes⁵³ tandis que dans le cas de la résiliation elles seront imputées en cas d'exigence des dommages-intérêts résultant de l'inexécution. À notre avis en cas de résolution le bénéficiaire doit restituer les arrhes par principe conformément aux dispositions relatives à l'enrichissement illégitime⁵⁴.

Si l'obligation principale du débiteur (verseur) s'éteint à cause de l'impossibilité non imputable au débiteur selon l'art 136 COT ou l'obstacle à l'exécution est imputée au bénéficiaire les arrhes doivent être restituées au verseur⁵⁵. Dans les cas susmentionnés la base juridique de la restitution des arrhes est controversée. Une opinion prétend qu'elle s'effectuera conformément aux dispositions du contrat⁵⁶. En revanche, il y a aussi des auteurs soutenant que la partie libérée doit les restituer conformément aux dispositions relatives à l'enrichissement illégitime⁵⁷. À notre avis, dans le cas de l'impossibilité non imputable au débiteur la restitution sera exécutée selon le second alinéa de l'art. 136 COT se référant aux règles de l'enrichissement illégitime. Toutefois, il convient de noter que dans ce cas en effet il ne s'agit pas d'un enrichissement illégitime au sens propre du terme et que cette restitution découle de loi⁵⁸. Dans le cas de l'impossibilité imputable au bénéficiaire la restitution sera exécutée conformément aux dispositions relatives de contrat.

Si le contrat est résilié par une résiliation d'un commun accord, les dispositions de cette convention seront déterminantes pour la restitution des arrhes. Toutefois, si les volontés des parties sur la manière de remboursement ne sont pas comprises le sort des arrhes sera déterminée en fonction des conséquences juridiques de résolution⁵⁹.

53 Dans le même sens Oğuzman et Öz (n 6) N 1639. Voir 19^e Chambre civile de la Cour de cassation datée du 09.05.2000 dossier no: 2000/1511 décision no: 2000/3592 (Kazancı).

54 Dans le même sens Düzceer (n 13) 352. Il convient de noter que la base légale de restitution des prestations accomplies est controversée dans la doctrine. Pour plus d'explications voir Mustafa Gökçürk Yıldız, *Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları* (On İki Levha 2020) 250- 266. Il convient de noter que le bénéficiaire peut compenser son obligation de restitution avec les dommages-intérêts découlant de la résolution. Voir Berger (n 51) N 1825. Dans le cas où le versement des arrhes consiste en transfert de possession d'une chose dans le cas susmentionné la possession peut être restitué par voie d'action en revendication et/ou *condictio possessionis*. Voir ci-dessus note 26.

55 Saymen et Elbir (n 6) 829-830; Düzceer (n 13) 352; Feyzioğlu (n 6) 377; Altop (n 3) 124; Mooser (n 2) Art 158 N 5-5a; dans le même sens Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 340; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 8; Pellanda (n 4) Art 158 N 6; Eren et Dönmez (n 12) M 177 N 6. Voir aussi 13^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 13.05.2019 dossier no: 2016/23841 décision no: 2019/6082; 13^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 31.05.2017 dossier no:2016/31227 décision no: 2017/6741 (Kazancı). Berger prétend justement que dans le cas où le verseur exige ses dommages-intérêts découlant de l'inexécution imputable au bénéficiaire les arrhes seront retenues par le bénéficiaire qui va indemniser le verseur comme il faut. Voir Berger (n 51) N 1826.

56 Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 340; Erdem (n 1) 27. Yağcıoğlu fonde la restitution sur les dispositions relatives à l'enrichissement illégitime dans le cas de l'impossibilité subséquente non imputable au débiteur [Yağcıoğlu (n 1) 1223] pendant qu'elle s'appuie sur les dispositions contractuelles en cas de l'obstacle à l'exécution imputable au bénéficiaire [Yağcıoğlu (n 1) 1227].

57 Düzceer (n 13) 352. Pour le cas où l'inexécution est imputable au bénéficiaire voir Oser et Schönerberger (n 3) Art 158 N 4; von Tuhr et Escher (n 5) 288.

58 Dans ce contexte le contenu de l'obligation de restitution sera déterminé selon les dispositions relatives à l'enrichissement illégitime mais la durée de prescription sera dix ans aux termes de l'art. 146 du COT. Voir M. Kemal Oğuzman et M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I (20^e édition, Vedat 2022) N 1816.

59 Gottwald (n 12) § 337 Rn 5. L'avis de la majorité de la doctrine turco-suisse ne traite pas la possibilité de l'existence probable d'une clause portant sur la restitution dans cet accord et donc soutient que la restitution repose l'enrichissement illégitime. Voir Oser et Schönerberger (n 3) Art 158 N 4; von Tuhr et Escher (n 5) 287; Mooser (n 2) Art 158, N 5a; Widmer

Il est admis que le même résultat juridique se produit dans le cas où la prestation principale est prescrite⁶⁰.

2. Si les arrhes ne sont pas imputables sur la créance principale (contrairement à la présomption légale)

Si l'exécution de l'obligation principale du verseur devient impossible en raison d'une circonstance qui lui est imputable, en cas d'exigence des dommages-intérêts aux termes de l'art. 112 du COT les arrhes remises en preuve de la conclusion du contrat qui ne sont pas imputables⁶¹ seront retenues par le destinataire et restituées par principe lors de l'exécution des dommages-intérêts⁶². Cette conclusion juridique sera également valable dans le cas où le bénéficiaire réclame ses dommages-intérêts en renonçant à l'exécution de l'obligation à la suite de la demeure fautive du débiteur (verseur) dans un contrat bilatéral ou le contractant résilie le contrat pour lequel les arrhes ont été remises lors de sa conclusion en raison d'une violation du contrat par le verseur.

En présence d'autres obstacles à l'exécution et de la prescription de l'obligation principale les évaluations déjà faites ci-dessus à propos du sort des arrhes imputables s'appliquent également en ce qui concerne celui des arrhes non imputables⁶³.

E. La question de l'applicabilité du dernier alinéa de l'art 182 du COT

La question de savoir si le dernier alinéa de l'art. 182 du COT indiquant que le juge doit réduire les peines qu'il estime excessive doit également s'appliquer en matière des arrhes démesurées est controversée⁶⁴. À notre avis, à moins que les parties au

et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 8; Erdem (n 1) 27; Yağcıoğlu (n 1) 1222.

60 Mooser (n 2) Art 158 N 5a; Pellanda (n 4) Art 158 N 6.

61 Si les parties ont exclu l'imputation des arrhes sur l'obligation principale, cette exclusion s'étend également à leur imputation sur les dommages-intérêts pour l'inexécution. Voir Gottwald (n 12).

62 Gottwald (n 12) § 338 Rn 3. En droit suisse dans le même sens Oser et Schönenberger (n 3) Art 158 N 4; von Tuhr et Escher (n 5) 288; par contre en ce qui concerne cette possibilité il y a aussi des auteurs s'opposant la restitution voir Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3857, 3859; Pellanda (n 4) Art 158 N 1. Selon la plupart des arrêts de la Cour de cassation portant sur le second alinéa de l'art. 156 du CO no: 818, que la résiliation soit justifiée ou non, les arrhes doivent être restituées au verseur. Voir 19^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 08.06.2017 dossier no: 2017/165 décision no: 2017/4720; 19^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 19.01.2017 dossier no: 2016/5285 décision no: 2017/274; 19^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 23.03.2004 dossier no: 2003/6039 décision no: 2004/3240 (Kazanci). Néanmoins il convient de noter que si l'objet des arrhes non imputables est l'argent, les dommages-intérêts résultant de l'impossibilité subséquente et l'obligation de restitution des arrhes peuvent être retenues afin de les compenser à sa créance des dommages-intérêts comp Erdem (n 1) 27; Altop (n 3) 124; Mooser (n 2) Art 158 N 5.

63 Dans ce contexte, il convient de noter que les notes en bas de pages (note 51-59) à propos du sort des arrhes imputables en présence d'autres obstacles à l'exécution et de la prescription de l'obligation principale sont également valables en ce qui concerne celui des arrhes non imputables.

64 Contre l'application de l'art. 182 du COT Gümüş (n 19) 1038. En droit suisse il y a des auteurs pour l'application dudit article. En ce qui concerne le cas où la remise des arrhes comporte la conclusion d'une clause pénale dans le même sens voir Mooser (n 2) Art 158 N 5. Pellanda et Widmer *et al.* soutiennent qu'une telle réduction ne sera possible que si les conditions de l'art. 78 du COT sont remplies en raison du fait qu'une prestation déjà fournie devrait le plus souvent être considérée comme une reconnaissance de l'adéquation ou une renonciation à la réduction. Voir Pellanda (n 4) Art 158 N 14; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 5.

contrat n'attribuent une peine conventionnelle aux arrhes⁶⁵ les arrhes au sens de l'art. 177 du COT ne servent qu'à prouver la conclusion du contrat et cette nature présumée par le législateur exclut par principe l'application du dernier alinéa de l'art. 182 du COT.

II. Le dédit aux termes de l'art. 178 (Le dédit réel)

A. La disposition légale

Le dédit peut être défini comme une somme de l'argent fournissant au verseur le pouvoir de se départir du contrat sans raison valable (*licentia paenitendi*)⁶⁶. L'art. 178 du COT portant le titre "*B. Le dédit*" est rédigé comme suit :

*"Lorsqu'un dédit a été stipulé, chacun des contractants est censé pouvoir se départir du contrat, celui qui a versé la somme en l'abandonnant, celui qui l'a reçue en la restituant au double."*⁶⁷

Selon cet article, le dédit est l'argent versé au moment de la conclusion du contrat⁶⁸ fournissant aux contractants le pouvoir de se départir du contrat⁶⁹. Même si cette disposition ne traite qu'une somme d'argent comme dédit (comme c'est souvent le cas dans la pratique), la remise d'autre chose que de l'argent peut également pourvoir les parties de ce pouvoir⁷⁰. En vertu de cette disposition supplétive⁷¹ tant le verseur que l'autre partie au contrat (à la fois en restituant ce qui lui a été remis et en payant le même montant séparément) dans les mêmes conditions acquièrent le droit de se départir du contrat⁷². Dans ce contexte, par exemple, le paiement de 100 000 TL

65 S'il est convenu que les arrhes seront retenues par le bénéficiaire sans être imputées sur la créance principale (et le cas échéant sur les dommages-intérêts), cette somme versée acquiert le caractère de la peine conventionnelle déjà exécutée. Voir Yelkenci (n 49) 251. Dans ce cas, il est nécessaire de discuter de la question de savoir si le dernier alinéa de l'art. 182 du COT sera appliquée dans le cas où la peine conventionnelle a été déjà exécutée. Pour plus d'explications portant sur ce problème controversé voir Yelkenci (n 49) 409-412. À notre avis, une réduction de la peine n'est pas possible à moins que le débiteur n'affirme que la peine est excessive au plus tard au moment de l'exécution de peine. Dans la pratique la nécessité de la sécurité juridique pour le créancier l'exige. Dans le même sens Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, *Ceza Koşulu, Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi* (On İki Levha 2018) 95.

66 Becker (n 1) Art 158, N 6; Bucher (n 1) 517; Alfred Koller, "Reugelder bei Grundstückkaufverträgen" (2009) 145 (2) ZBJV 73, 73; Wolfner (n 19) N 18.

67 Le dernier alinéa de l'article 158 du Code suisse des obligations influençant fortement cette disposition, s'inspire de la tradition romaniste et de l'article 1590 du Code civil français. L'article 1590 du celui-ci est ainsi rédigé comme suit: "*Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, Et celui qui les a reçus, en restituant le double.*"

68 Dans ce contexte, les accords autorisant chaque partie au contrat de promesse de vente immobilière à la résoudre, à condition que chaque contractant paie une certaine somme d'argent déterminée et généralement identique dans un certain délai plutôt qu'au moment de la conclusion du contrat, ne sont pas considérés comme ceux de dédit aux termes de l'art. 178 du COT. Voir Gauch et Schluep et Emmenegger (n 1) N 3870.

69 Gauch et Schluep et Emmenegger (n 1) N 3864; Huguenin (n 4) N 1241 Saymen et Elbir (n 6) 827.

70 Erdem (n 1) 29; Pellanda (n 4) Art 158 N 4 ; dans le même sens Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 11. Yağcıoğlu prétend que les arrhes peuvent consister seulement en argent. Voir Yağcıoğlu (n 1) 1230. Nos critiques à l'encontre du même avis de cet auteur concernant les arrhes sont également valables ici. Voir p 213 note 19.

71 Mosser (n 2) Art 158 N 6; Pellanda (n 4) Art 158 N 10.

72 Pour un exemple de cette stipulation voir 13^e Chambre civile de la Cour de cassation datée du 10.02.2020 dossier no: 2017/6115 décision no: 2020/1756 (Kazancı). Dans ce contexte, s'il est stipulé que la somme d'argent versée (ou autre

à l'une des parties contractantes lors de la conclusion de cet acte juridique afin d'exercer le droit de se départir du contrat est considéré comme le dédit aux termes de l'art. 178. Comme on peut le voir, l'art. 178 du COT donne une sorte particulière du dédit⁷³.

Le dédit aux termes de l'art. 178 du COT doit être remis au moment de la conclusion du contrat⁷⁴. En fait, le législateur prévoyant au premier alinéa de l'art. 177 du COT que l'argent versé "*lors de la conclusion du contrat*" doit être considéré comme des arrhes et non à titre le dédit adopte en même temps que le dédit aux termes de l'art. 178 du COT dont l'existence doit être prouvée par la partie alléguant⁷⁵ doit être remis au moment de la conclusion du contrat. Il convient alors de noter que le dédit aux termes de l'art. 178 du COT n'est pas promis mais exécuté (débit réel)⁷⁶. Le dédit réel ne doit pas nécessairement être remis à l'autre partie du contrat, et il est également possible de le bloquer en faveur du verseur auprès d'un tiers⁷⁷.

B. La nature et le contenu du dédit réel

L'accord concernant le dédit réel doit être conclu conformément à la forme du contrat auquel il se rapporte⁷⁸. Ainsi, par exemple, si le dédit réel est stipulé en relation avec le contrat de vente d'un bien immobilier, cet accord doit être conclu sous forme authentique conformément au premier alinéa de l'art. 237 du COT⁷⁹. Toutefois, l'exercice du droit de se départir du contrat obtenu par la remise de dédit, en règle générale, n'est soumis aucune forme de validité⁸⁰.

chose remise) restera au bénéficiaire au cas où le verseur est fautif dans l'inexécution de l'obligation, il ne s'agit pas de dédit réel. En ce sens, Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3871.

73 Dans ce contexte, afin d'éviter toute confusion conceptuelle on préfère exprimer cette notion "le dédit aux termes de l'art. 178 du COT" ou "le dédit réel" [pour cette dernière expression voir Engel (n 19) 861].

74 Saymen et Elbir (n 6) 827; Koller (n 66) 78. En raison de cette caractéristique, le dédit aux termes de l'art. 178 du COT (débit réel) se distingue fondamentalement de la peine résolutoire réglementée par le dernier alinéa de l'art. 179 COT. Voir von Tuhr et Escher (n 5) 288; Walter Schoch, *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach der schweizerischen Recht* (Stämpfli & Cie 1935) 5; Osman Fazıl Berki, "Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler" (1943) 17 (5) İBD 277, 281; Feyzioğlu (n 6) 379; Bucher (n 1) 518; Max Keller et Christian Schöbi, *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Das schweizerische Schuldrecht* (3^e édition Helbing & Lichtenhahn 1988) (n 74) 115; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27^e édition Yetkin 2022) N 3717; Eren et Dönmez (n 12) M 178 N 5; Engel (n 19) 861; Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3868; Huguenin (n 4) N 1247; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 14; Wuffli (n 4) Art 158 N 10; Öktem Çevik (n 26) 111.

75 Düzceer (n 13) 346; Eren (n 74) N 3719; Oğuzman et Öz (n 6) N 1646; Engel (n 19) 861; Yağcıoğlu (n 1) 1236.

76 Dans ce contexte, il n'est pas possible d'intenter une action en exécution de dédit réel. Oser et Schönenberger (n 3) Vorbem zu Art 160-163 N 14; Köksal Kocağa, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)* (2^e édition Yetkin 2018) 199.

77 Engel (n 19) 861; Erdem (n 1) 30; Yağcıoğlu (n 1) 1231.

78 Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 11; Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3866; Erdem (n 1) 30; Pellanda (n 4) Art 158 N 5; Yağcıoğlu (n 1) 1233.

79 Voir L'assemblée plénière des chambres civiles de la Cour de cassation datée du 22.09.2022 dossier no: 2020/3-551 décision no: 2022/1147 (Kazancı). Comp Koller (n 66) 77-78.

80 Becker (n 1) Art 158 N 8; Mooser (n 2) Art 158 N 6. Il convient de noter que selon le dernier alinéa de l'art. 18 du Code de commerce turc, entre les commerçants la déclaration de résolution ou résiliation doivent être faites via un notaire ou par une lettre recommandée, un télégramme ou un système de courrier électronique enregistré à l'aide d'une signature électronique sécurisée. La nature de l'exigence de forme prévue par ledit article est controversée. Pour plus d'explications voir Yıldız (n 54) 16.

Étant donné qu'il sert fonctionnellement à éliminer le risque de perte du bénéficiaire contre la possibilité d'une résolution (ou d'une résiliation) du contrat sans motif, le dédit réel est généralement déterminé en tenant compte du dommage possible causé par les cas susmentionnés⁸¹.

C. La fonction du dédit réel

Lorsque le dédit réel est remis, les parties obtiennent *facultas alternativa* concernant l'exécution de leurs obligations contractuelles ou la résolution (ou la résiliation) du contrat⁸². À cet égard, le dédit réel apporte, en général, une exception importante au principe *pacta sunt servanda*⁸³. En effet, le contrat valablement conclu entre les parties doit les lier et cet acte juridique ne peut être résolu (ou résilié) librement⁸⁴. En raison de sa nature exceptionnelle, l'existence de dédit -y compris le dédit réel aux termes de l'art. 178 du COT- nécessite au moins un accord implicite des contractants à cet égard à moins qu'elle découle de la nature de l'acte juridique⁸⁵.

Selon la première phrase de l'art. 178 du COT, toutes les deux parties sont censées à mettre fin au rapport contractuel en cas du versement du dédit réel. Dans le reste dudit article le sort de celui-ci est régi en fonction de la partie mettant fin au contrat. Ainsi, si le verseur se départ du contrat, le dédit réel sera abandonné au bénéficiaire; si le bénéficiaire met fin au contrat il sera obligé de remettre au verseur le double du dédit réel⁸⁶. L'opportunité de cette disposition est controversée. Une opinion affirmant

81 Becker (n 1) Art 158 N 6; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 11; Yağcıoğlu (n 1) 1232. En raison de cette nature, le dédit réel se différencie du dédit (faux) -que l'on rencontre dans la pratique, surtout en matière de vente- versé pour empêcher la naissance d'obligations contractuelles par non-exercice du droit d'option. Voir Koller (n 66) 74; Pellanda (n 4) Art 158 N 18a.

82 Düzceer (n 13) 347; Mooser (n 2) Art 158 N 6; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 2; dans le même sens Wuffli (n 4) Art 158 N 7; Pellanda (n 4) Art 158 N 17; Feyzioğlu (n 6) 379; Erdem (n 1) 30; Yağcıoğlu (n 1) 1230. Voir aussi BGE 84 II 151. Cette faculté est également appelée "*facultate solutionis*". Voir Engel (n 19) 861. En revanche dans un arrêt du tribunal fédéral suisse le dernier alinéa de l'art. 158 COS (l'art. 178 du COT) s'applique dans le cas où il n'existe qu'une inexécution imputable au verseur même s'il n'y a aucune déclaration de volonté mettant fin au contrat. Voir BGE 84 II 156. En se référant à cet arrêt Yağcıoğlu prétend que ce résultat juridique ne peut être accepté que dans le cas où la partie violant son obligation ne met pas fin au contrat unilatéralement considérant qu'elle serait dans une position plus profitable par rapport à celle où elle s'abstenait de résoudre (ou résilier). Pour cela, voir Yağcıoğlu (n 1) 1234. Pour les critiques détaillées contre cet arrêt qui étend inutilement le champ d'application de la ladite disposition et entraîner des conséquences contraires à la nature du dédit réel voir İsmet Sungurbey, *Acemoğlu'nun "Tapulama Kanunu..." "Eşya Hukuku Meseleleri" Adli Kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üstüne Notlar* (Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti 1971) 85 note 13; Erdem (n 1) 31-32.

83 Il convient de noter que le dédit réel avait pour effet de renforcer la dette en droit grec. Il a acquis son caractéristique affaiblissant la nature contraignante du contrat à l'époque impériale du droit romain. Voir Andreas Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt*, Traducteur: Bülent Davran (Kardeşler Matbaası 1948) 262; Saymen et Elbir (n 6) 828; Kenan Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart* (Baha Matbaası 1963) 31; Erdem (n 1) 30.

84 Dans ce contexte, il convient de rappeler que c'est le principe *pacta sunt servanda* qui est à la base de la présomption que l'argent versé lors de la conclusion du contrat n'est pas à titre de dédit réel. Voir p 210-211.

85 Becker (n 1) Art 158 N 6; dans le même sens Schoch (n 74) 5; Tunçomağ (n 83) 31. Pour une disposition contractuelle expresse portant sur le dédit réel voir 19^e Chambre civile de la Cour de cassation datée du 11.03.2003 dossier no: 2002/249 décision no: 2003/2011 (Kazancı).

86 Le fait que toutes les deux parties obtiennent le droit de mettre fin au rapport contractuel à la suite du versement par un contractant distingue également le dédit réel de la peine résolutoire. Voir Tunçomağ (n 83) 31; Bucher (n 1) 518; Oğuzman et Öz (n 6) N 1651; Kocağa (n 76) 200; Couchepin (n 28) 1118; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 14; Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3868; Huguenin (n 4) N 1247; Wuffli (n 4) Art 158 N 10; Öktem Çevik (n 26) 111.

la non-conformité de cet article aux usages de la vie commerciale soutient que le droit de se départir du contrat du bénéficiaire ne devrait pas être spontanément admis et que cela ne peut être cas qu'en présence de la volonté des parties dans ce sens⁸⁷. Un autre avis qui est plus justifié s'y oppose. Selon elle, en accordant le droit de se départir du contrat à celui qui doit attendre que l'autre partie mette fin au rapport contractuel, on constate que le législateur s'efforce d'assurer une égalité et que ce désir de parité trouvant son écho surtout dans les possibilités de résiliation protégées dans la mesure la plus large possible dans les contrats de durée est l'expression de l'intention du législateur de régler cette question⁸⁸. Cependant, il convient de noter que bien que l'art. 178 du COT donne l'impression d'une disposition impérative, il est possible qu'une seule partie puisse se voir accorder le pouvoir de se départir du contrat et que l'autre partie puisse s'en priver l'exercice⁸⁹.

D. Les conditions d'exercice du droit de mettre fin au rapport contractuel

Pour les contrats instantanés le droit de mettre fin au rapport contractuel sans motif acquis par voie du versement du dédit réel peut être exercé au plus tard au début de l'exécution de l'obligation principale à moins que les parties n'aient convenu d'un délai spécial⁹⁰. Pour les contrats de durées ce droit peut être exercé en tout temps sous réserve de l'art. 2 du CCT.

Pour mettre fin au contrat unilatéralement en exerçant un droit découlant de la loi ou du contrat, ledit article ne s'applique pas⁹¹.

En cas de résolution ou résiliation du contrat pour lequel le dédit réel est versé, le destinataire de cette déclaration ne peut pas réclamer de dommages-intérêts en raison de résolution ou résiliation franchissant le montant du dédit réel⁹² et ne peut pas non plus obliger l'ayant droit à exécuter son obligation en nature à moins que les parties

87 von Tuhr et Escher (n 5) 288; Engel (n 19) 861. Au contraire *Koller* soutient que dans la possibilité mentionnée, la volonté des parties est que les deux parties acquièrent le droit de mettre fin au contrat. Voir *Koller* (n 66) 78.

88 Eugen Bucher, 'Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen-Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze', *Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag* (Freiburg /CH Universitätsverlag 1977) 249, 258; dans le même sens Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 11 ; Mooser (n 2) Art 158 N 6 En revanche bien qu'il soit d'accord avec cette opinion *Wolfer* allègue que si l'objet du dédit réel est une chose non fongible la présomption de l'art. 178 du COT ne s'applique pas. Voir *Wolfer* (n 19) N 146.

89 Bucher (n 1) 518 ; Feyzioğlu (n 6) 380; Erdem (n 1) 30.

90 Comp Oğuzman et Öz (n 6) N 1649; Erdem (n 1) 31; Helvacı (n 12) 254; Kocaağa (n 76) 200; Yelkenci (n 49) 253; Kadir Berk Kapançı, 'Dönme Cezası (TBK m. 179 / f. 3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma', (2016) 22 (2) MÜHFHAD 247, 253.

91 Oğuzman et Öz (n 6) N 1652; Kapançı (n 90) 262; Gümüş (n 19) 1039. Dans ce cas, le sort du dédit réel sera déterminé en fonction de la résolution ou de la résiliation du contrat. À moins qu'il n'y ait une convention entre les parties à cet égard, la résolution du contrat nécessite la restitution du dédit réel tandis que dans le cas de la résiliation par analogie du second alinéa de l'art. 177 du COT il sera imputé en cas d'exigence des dommages-intérêts résultant de l'inexécution. Voir aussi p 218-219.

92 Düzeer (n 13) 354; Feyzioğlu (n 6) 381; Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 340; Erdem (n 1) 34; Huguenin (n 4) N 1249; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 13 ; Kapançı (n 90) 257; Serozan (n 2) 216. Dans ce contexte, *Saymen et Elbir* considère le dédit réel comme une sorte de la peine conventionnelle (*arra poenalis*). Voir *Saymen et Elbir* (n 6) 829. Comp 3^e Chambre civile datée du 31.05.2017 dossier no: 2017/2060 décision no: 2017/8732 (Kazancı).

ne se soient réservés ces droits⁹³. Cependant, il est également soutenu dans la doctrine que ce principe devrait être limité par la règle de la bonne foi et que si la partie sachant que son contractant a encouru des charges importantes pour l'exécution du contrat ne s'y oppose pas mais met fin au contrat juste au moment de l'exécution, le destinataire de cette déclaration a le droit d'exiger l'exécution en nature ou l'indemnisation du dommage dépassant le montant du dédit⁹⁴.

E. Le sort du dédit réel en cas d'exécution, d'inexécution ou d'invalidité du contrat

Le sort du dédit réel dans le cas où le droit de mettre fin au contrat acquis par la remise du celui-ci n'est pas exercé est controversée. La majorité de la doctrine suisse soutient que la présomption concernant les arrhes est appliquée par analogie et que le bénéficiaire garde le dédit réel sauf usage local ou convention contraire⁹⁵. Cependant, une opinion prétend que le dédit réel doit être restitué par principe⁹⁶. Dans la doctrine, il est également affirmé qu'à la suite d'une évaluation des volontés de parties selon le principe de confiance il convient de décider qu'il s'agit d'un prix de risque ou une prestation partielle comptant⁹⁷. À notre avis lorsque le droit de se départir de contrat du contrat n'est pas exercé il convient d'imputer le dédit réel sur la créance principale par analogie du second alinéa de l'art. 177 du COT à moins que les parties ne conviennent autrement⁹⁸.

Le dédit réel doit être restitué si le contrat est invalide (notamment pour cause d'un vice de forme ou de consentement) ou l'obligation principale découlant du contrat prend fin en raison d'impossibilité non imputable au débiteur⁹⁹. Cette conséquence juridique devrait également s'appliquer au dédit réel perdant sa fonction en cas de résolution (ou résiliation) découlant soit du contrat soit de la loi¹⁰⁰ ou lorsque la prestation principale est prescrite¹⁰¹. Étant donné que le dédit est de l'argent dans la

93 Dans le même sens Düzceer (n 13) 354; Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 340; dans le même sens Kılıçoğlu (n 37) 991.

94 Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 341; Yağcıoğlu (n 1) 1240.

95 Bucher (n 1) 515-516; Keller et Schobi (n 74) 115; Wuffli (n 4) Art 158 N 9; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 11; Pellanda (N 4) Art 158 N 18; Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3864; Mooser (n 2) Art 158 N 7; comp Huguenin (n 4) N 1249. Il convient de rappeler que cette présomption règlementée par le second alinéa de l'art. 158 COS est rédigé comme suit: "Sauf usage local ou convention contraire, celui qui a reçu les arrhes les garde sans avoir à les imputer sur sa créance."

96 von Tuhr et Escher (n 5) 288; Oser et Schönenberger (n 3) Art 158 N 5; Kapanacı (n 90) 254. En se référant aux dispositions relatives à l'enrichissement illégitime Eren (n 74) N 3720; Eren et Dönmez (n 12) M 178 N 4.

97 Serozan (n 2) 216.

98 Oğuzman et Öz (n 6) N 1650; Halük N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19^e édition Beta 2023) N 233; Helvacı (n 12) 255; Bilgehan Çetiner et Andreas Furrer et Markus Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2^e édition On İki Levha 2022) 1643. Comp Düzceer (n 13) 353; Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 341; Huguenin (n 4) N 1249; Erdem (n 1) 31; Yağcıoğlu (n 1) 1239.

99 Berkı (n 74) 280-281; Bucher (n 1) 517; Mooser (n 2) Art 158 N 8 comp Engel (n 19) 861.

100 Erdem (n 6) 672-673; Yağcıoğlu (n 1) 1241; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 12 dans le même sens von Tuhr et Escher (n 5) 288 note 8; Serozan (n 2) 220;

101 Dans le même sens Pellanda (n 4) Art 158 N 6.

plupart des événements naturels de la vie, cette restitution sera faite conformément, par principe, aux règles de l'enrichissement illégitime¹⁰². Toutefois, en cas de la survenance d'obstacles à l'exécution imputés au verseur, le dédit réel ne sera pas remboursé¹⁰³.

F. La question de l'applicabilité du dernier alinéa de l'art 182 du COT

La question de savoir si le dernier alinéa de l'art. 182 du COT concernant la réduction de la peine conventionnelle sera applicable au dédit réel est controversée. Le Tribunal fédéral suisse et la Cour de Cassation turque ainsi que l'opinion dominante dans la doctrine soutiennent que ledit article ne sera pas applicable au dédit (soit consensuel¹⁰⁴ soit réel¹⁰⁵)¹⁰⁶. Cependant, certains auteurs prétendent que le dédit réel excessif peut être réduit par le juge conformément audit article¹⁰⁷. À notre avis étant donné le dédit réel dont la nature se diffère fondamentalement de la peine conventionnelle en fournissant seulement aux parties le pouvoir de se départir du contrat au lieu de rester lié à celui-ci, il n'est pas possible de le déduire aux termes du dernier alinéa de l'art. 182 COT au motif que la somme est excessive même par analogie¹⁰⁸ à moins que les contractants n'attribuent une peine conventionnelle au dédit réel¹⁰⁹.

102 L'assemblée plénière des chambres civiles de la Cour de cassation datée du 22.09.2022 dossier no: 2020/ 3-551 décision no: 2022/1147 (Kazancı). Comp Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 12. Dans le cas où le versement du dédit réel consiste en transfert de possession d'une chose dans le cas susmentionné la possession peut être restitué par voie d'action en revendication et/ou *condictio possessionis*. Voir ci-dessus note 26.

103 Dans le même sens Berki (n 74) 280; Düzceer (n 13) 354; Mooser (n 2) Art 158 N 8; Pellanda (n 4) Art 158 N17a; Wuffli (n 4) Art 158 N 8; Feyzioglu (n 6) 382; comp Serozan (n 2) 219.

104 BGer c. 30.06.2004, 4C.97/2004 E. 3.2.1.

105 L'assemblée plénière des chambres civiles de la Cour de cassation datée du 24.01.1970 dossier no: 1966/4-1348 décision no: 1970/50 (Kazancı). Pour les critiques détaillés contre cet arrêt Sungurbey (n 82) 87 note 13. L'auteur considère que l'objet de la stipulation litigieuse est *arrha poenalis* auquel l'art. 182 du COT peut s'appliquer conceptuellement.

106 Pour le dédit réel spécialement voir Berki (n 74) 281; Düzceer (n 13) 347; Feyzioglu (n 6) 381; Eren (n 74) N 3721; Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3867; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 11; Mooser (n 2) Art 158 N 8; Erdem (n 6) 678; Eren et Dönmez (n 12) M 178 N 5; Pellanda (n 4) Art 158 N 19; Öktem Çevik (n 26) 111 ; Kapancı (n 90) 260.

107 Koller (n 66) 82; Serozan (n 2) 228; Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 341.

108 Certains auteurs refusant la réduction du dédit réel excessif par le juge mettent l'accent sur le fait que le débiteur n'est pas obligé d'utiliser le droit de se départir du contrat [*volenti non fit injuria (le consentement élimine l'illégalité)*] Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 158 N 11 ; Mooser (n 2) Art 158 N 8.

109 Le dédit réel est attribué à la peine conventionnelle dans le cas où les parties conviennent que le dédit réel est retenu en cas de l'inexécution de l'obligation principale par le débiteur (verseur). Voir Yelkenci (n 49) 252. À notre avis, une réduction de la peine n'est pas possible à moins que le débiteur n'affirme que la peine soit excessive au plus tard au moment de l'exécution de peine. Dans la pratique la nécessité de la sécurité juridique pour le créancier l'exige. Voir aussi p 221 note 65.

III. La peine résolutoire

A. La disposition légale

La peine résolutoire est règlementée par le dernier alinéa de l'art. 179 COT comme suit:

“Le débiteur conserve la faculté de prouver qu’il a le droit de résoudre ou résilier le contrat en payant la peine stipulée.”

B. La nature et le contenu

En convenant de la peine résolutoire, le débiteur acquiert le droit de mettre fin au contrat sans aucun motif¹¹⁰ en versant une somme d'argent ou remettant une autre chose¹¹¹. De ce fait, cette peine confère au débiteur *facultas alternativa* concernant l'exécution de ses obligations contractuelles ou la résolution (ou bien la résiliation) du contrat¹¹². Bien que ledit article ne l'accorde qu'au débiteur, il est possible de fournir ce pouvoir au créancier dans le contrat¹¹³.

Contrairement à la peine conventionnelle¹¹⁴ visant à garantir l'obligation principale en constituant une sanction la peine résolutoire soulage la position du débiteur en lui permettant de se débarrasser de son obligation principale unilatéralement¹¹⁵. Bien qu'elle ait une fonction similaire au dédit aux termes de l'art. 178 du COT (dédit réel) en ce

110 von Tuhr et Escher (n 5) 283; Engel (n 19) 865; Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) 3810; Couchepin (n 28) N 1114; Wuffli (n 4) Art 160 N 18; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 160 N 25.

111 Erdem (n 1) 37.

112 Mooser (n 2) Art 160 N 15; Erdem (n 1) 38. Yağcıoğlu, souligne qu'il n'existe pas d'une obligation alternative dans ce cas. Voir Burcu Yağcıoğlu *Ceza Koşulu (Cezai Şart)* (2^e édition Seçkin 2022) 80. Contra Schoch (n 74) 4-5; Pellanda (n 4) Art 160 N 45; comp Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Schultess 1964) 410. S'il s'agit d'une peine résolutoire il existe une *“facultate solutionis”* Voir Secrétan (n 18) 100; Becker (n 1) Art 160 N 36 dans le même sens Feyzioğlu (n 6) 395. Dans la possibilité susmentionnée, si l'existence d'une obligation alternative est admise, au cas où le débiteur n'exécute ni l'obligation principale ni la peine résolutoire il y aura une conséquence juridique telle que l'introduction d'une action alternative se produira et cette situation ne sera pas conforme au but de la peine résolutoire. Voir Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 352. Serozan, d'autre part, est d'avis que si la peine résolutoire est convenue, il y a un concours électif, pas de *facultas alternativa* au sens réel. Pour cela voir Serozan (n 2) 218.

113 Oğuzman et Öz (n 6) N 1610; Kocağa (n 76) 145-146; Erdem (n 1) 37.

114 Bien que le terme consacré soit *“la peine résolutoire”*, on voit que la doctrine utilise également l'expression *“la peine exclusive”* au lieu de cette notion règlementée par le dernier alinéa de l'art. 179 COT. Voir Oser et Schönenberger (n 3) Art 160 N 7; Tunçomağ (n 83) 47; Bucher (n 1) 529-530; Huguenin (n 4) N 1273; Wuffli (N 4) Art 160 N 18 dans le même sens Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 160 N 25; Pellanda (n 4) Art 160 N 46. Couchepin utilise justement l'expression *“la peine exclusive”* uniquement pour les stipulations selon lesquelles le créancier ne peut demander la peine qu'en cas d'inexécution de l'obligation et soutient que cette expression n'est pas synonyme de peine résolutoire. Voir Couchepin (n 28) N. 1114 note 1056.

115 Schoch (n 74) 5 (spécialement note 1); Keller et Schöbi (n 74) 113; von Büren (n 112) 410; Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3810; Erdem (n 1) 40; Couchepin (n 28) N 1126; Mooser (n 2) Intro Art. 158-163 CO N 7a; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 160 N 25; Kocağa (n 76) 144-145; Yağcıoğlu (n 112) 80-81; Eren et Dönmez (n 12) M 179 N 24; Pierre Tercier et Pascal Pichonnaz et H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2^e édition On İki Levha 2020) N 1376; dans le même sens Çetiner et Furrer et Müller-Chen (n 98) N 1638. En revanche, certains auteurs considèrent la peine résolutoire comme une sorte de peine conventionnelle. Voir Secretan (n 20) 100; Oser et Schönenberger (n 3) Art 160 N 7; Becker (n 1) Art 160 N 36; Saymen et Elbir (n 6) 840; Tunçomağ (n 83) 47; Huguenin (n 4) N 1255. Dans un cas où il est entendu qu'il ne s'agit pas de résolution ni de la résiliation, la Cour de cassation turque a jugé que les conditions de la peine résolutoire étaient remplies. Voir 11^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 12.05.2022 dossier no: 2021/1520 décision no: 2022/3797 (Kazancı).

qui concerne l'exception qu'elle apporte au principe de *pacta sunt servanda*¹¹⁶, elle s'en distingue en franchissant seulement au débiteur le droit de résoudre (ou résilier) librement le contrat¹¹⁷, en n'étant pas tenue de s'exécuter au moment de la conclusion du contrat¹¹⁸ et en démontrant d'une façon précise la volonté de ne pas exécuter l'obligation principale¹¹⁹.

C. Les conditions d'exercice du droit de mettre fin au rapport contractuel

Le débiteur peut se départir du contrat au moment où il paie ou offre (en d'autres termes "fait une proposition d'exécution dont le refus entraînerait la demeure du créancier") d'exécuter la somme stipulée¹²⁰. Dans le cas où le débiteur manifeste sa volonté de résoudre (ou résilier) le contrat sans verser la peine le créancier ne peut exiger que l'exécution de la peine en lui mettant en demeure¹²¹.

Pour mettre fin au contrat unilatéralement en exerçant un droit découlant de la loi ou du contrat, il n'est pas nécessaire de payer la peine stipulée¹²².

Le délai dans lequel le débiteur peut exercer le droit découlant de ce contrat accessoire¹²³ est controversé dans la doctrine. Alors qu'une opinion de la doctrine soutient que le droit de se départir du contrat (contrairement à celui fourni par le versement du dédit réel) peut être exercé par le débiteur à tout moment¹²⁴, une autre

116 Saymen et Elbir (n 6) 840; Keller et Schöbi (n 74) 113; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Vorbemerkungen zu Art 158-163 N 1; Gauch et Schluep et Emmenegger (n 1) N 3811; Wuffli (n 4) Art 160 N 18; Eren et Dönmez (n 12) M 179 N 24.

117 Pour un exemple d'une clause sur la peine résolutoire voir l'assemblée plénière des chambres civiles de la Cour de cassation datée du 12.10.2021 dossier no: 2017/19-2736 décision no: 2021/1218 (Kazancı). Dans ce contexte, les accords autorisant chaque partie au contrat de promesse de vente immobilière à la résoudre, à condition que chacun paie une certaine somme d'argent déterminée et généralement identique dans un certain délai plutôt qu'au moment de la conclusion du contrat, ne sont pas considérés comme ceux de la peine résolutoire réglementée par le dernier alinéa de l'art. 179 du COT. Voir Gauch et Schluep et Emmenegger (n 1) N 3870. Il convient de noter que les parties peuvent conférer le droit de se départir du contrat aussi au créancier en cas d'accord. Voir Kocaağa (n 76) 145-146.

118 Secretan (n 20) 104; Schoch (n 74) 5; Tunçomağ (n 83) 31; von Büren (n 112) 411; Engel (n 19) 861; Kocaağa (n 76) 199; Mooser (n 2) Intro Art. 158-163 N 5; Couchepin (n 28) N 1116-1118; Kılıçoğlu (n 37) 1004.

119 Yağcıoğlu (n 112) 87. Pour l'accentuation de la dernière différence susmentionnée voir Feyzioğlu (n 6) 396; Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 353.

120 Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 352-353; Oğuzman et Öz (n 6) N 1611; Kocaağa (n 76) 146; Hatemi et Gökyayla (n 26) 406; Öktem Çevik (n 26) 106. Cette nécessité est la conséquence de la *facultas alternativa*. Voir Rona Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7^e édition Filiz 2016) §7 Rn 26. Il convient de noter que selon le dernier alinéa de l'art. 18 du Code de commerce turc, entre les commerçants la déclaration de résolution ou résiliation doivent être faites via un notaire ou par une lettre recommandée, un télégramme ou un système de courrier électronique enregistré à l'aide d'une signature électronique sécurisée. La nature de l'exigence de forme prévue par ledit article est controversée. Pour plus d'explications voir Yıldız (n 54) 16.

121 Couchepin (n 28) N 1122.

122 Erdem (n 1) 38; Kapanıcı (n 90) 262; Oğuzman et Öz (n 6) N 1613; Kocaağa (N 76) 148; Öktem Çevik (n 26) 106; Yağcıoğlu (n 112) 78-79. Pour les exemples des arrêts où cet constat est accentué voir 15^e Chambre civile de la Cour de cassation datée du 22.01.2015 dossier no: 2014/6685 décision no: 2015/335; 15^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 04.07.2014 dossier no: 2013/5604 décision no: 2014/4719; 15^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 26.11.2007 dossier no: 2007/5435 décision no: 2007/7543. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a jugé que la résiliation en raison de faute mutuelle qui ne pouvait pas être qualifiée d'injuste ne conférerait pas aux parties le droit de réclamer la peine résolutoire. Voir 15^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 15.01.2020 dossier no: 2019/1848 décision no: 2020/77 (Kazancı)

123 Elce Tutar, *Dönme Cezası* (Turhan 2016) 82; Kapanıcı (n 90) 249. Lorsque le contrat est nul, l'accord sur la peine résolutoire n'est pas valable. Voir 6^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 31.01.2023 dossier no: 2022/353 décision no: 2023/351(Kazancı).

124 Kocaağa (n 76) 200; Oğuzman et Öz (n 6) N 1651.

allègue que ce droit peut être exercé jusqu'à l'exécution de l'obligation principale, en s'appuyant sur la similarité entre la peine résolutoire et le dédit réel¹²⁵. Étant donné que le dédit réel et la peine résolutoire ne se diffèrent qu'en trois points cités ci-dessus nous nous rejoignons au principe indiqué par la seconde opinion et nous nous référons à notre évaluation concernant sur cette question aux termes du dédit réel¹²⁶.

Dans le cas où une peine résolutoire est convenue, les dommages intérêts découlant la résolution (ou résiliation) et franchissant le montant stipulé ne peuvent être exigés, à moins que les parties ne se soient mises d'accord à cet égard¹²⁷. Cette conséquence juridique admise par la doctrine confirme que la peine résolutoire n'est pas une sorte de peine conventionnelle (comp le second alinéa de l'art 180 COT).

La conséquence juridique de l'absence d'exercice du droit de se départir du contrat¹²⁸ est controversée dans la doctrine. Une opinion soutient qu'au cas où le débiteur s'abstient de résoudre (ou résilier) le rapport contractuel le créancier peut choisir de réclamer l'exécution de l'obligation principale ou le paiement de la peine¹²⁹. À notre avis, dans un contrat où la peine résolutoire est stipulée le créancier ne peut exiger que l'exécution de l'obligation principale même si le débiteur n'exerce pas son droit de droit de départ¹³⁰. En fait comme mentionné ci-dessus, c'est le débiteur à qui *facultas alternativa* concernant l'exécution de leurs obligations contractuelles ou la résolution (ou la résiliation) du contrat a été conférée. Dans ce contexte la réclamation du créancier portant sur l'exécution peut être paralysée par le paiement de la peine tant que l'exercice de droit de mettre fin au contrat fondé sur cette stipulation est possible¹³¹.

125 Erdem (n 1) 38; Tutar (n 123) 83.

126 Voir p 224.

127 Berki (n 74) 294 ; Tunçomağ (n 83) 47; Feyzioğlu (n 6) 396; Erdem (n 1) 39; Gauch et Schlupe et Emmenegger (n 1) N 3815 note 48; Huguenin (n 4) N 1273; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 160 N 25 ; Mooser (n 2) Art 160 N 15; Kocağa (n 76) 151-152 ; Yağcıoğlu (n 112) 81; Kapancı (n 90) 257; Tutar (n 123) 93-94. Dans le même sens 15^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 22.05.2015 dossier no: 2014/6689 décision no: 2015/2707; 15^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 28.09.2010 dossier no: 2010/4150 décision no: 2010/4834 (Kazancı).

128 À ce stade, il est important de déterminer à partir de quel moment il peut être mentionné que le droit de se mettre fin au contrat n'a pas été exercé. Si l'exercice de ce droit est limité dans le temps et le délai convenu est dépassé sans résolution (ou résiliation) il est considéré non exercé. Si son exercice n'est pas limité dans le temps, le débiteur peut utiliser son droit pour les contrats instantanés au plus tard au début de l'exécution de l'obligation principale; en ce qui concerne ceux de durées l'exercice est possible en tout temps sous réserve de l'art. 2 du CCT à moins qu'il ne ressort de non exercice une volonté de renonciation. En outre il convient de noter que dans le cas où l'exercice n'est pas limité dans le temps le créancier peut fixer un délai en ce qui concerne l'exercice de droit afin de procurer la sécurité juridique. En cas de dépassement du délai sans résolution (ou résiliation), le droit de mettre fin au contrat est considéré non exercé. Comp Wolfer (n 19) N 238-241.

129 Becker (n 1) Art 160 N 36; Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 352; Couchepin (n 28) N 1124. Selon le dernier auteur, le créancier dispose d'une alternative proche qu'il acquiert en cas de conclusion de la peine conventionnelle sous la différence que le débiteur peut imposer son choix en payant la peine ou en exécutant la prestation. Selon Koller, considérant la peine résolutoire comme une sorte de la peine alternative le créancier a le droit d'exiger alternativement l'obligation principale ou la peine. Voir Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht* (Stämpfli Verlag 2023) § 81 N 65-66. En revanche certains auteurs prétendent que le créancier ne peut prétendre que la peine résolutoire et qu'il renonce à l'exécution de l'obligation promise ou aux dommages intérêts. Voir Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 160 N 25 ; dans le même sens Eren (n 74) N 3696; Eren et Dönmez (n 12) M 179 N 23.

130 Kocağa (n 76) 147 comp Gümüş (n 19) 1036. Pour le même constat à propos de la peine résolutoire voir 15^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 19.04.2021 dossier no: 2020/2403 décision no: 2921/1785 (Kazancı). En outre, le créancier mettant fin au contrat ne peut pas exiger du débiteur le paiement de la peine résolutoire. Pour ce constat voir aussi 19^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 16.06.2015 dossier no: 2014/12093 décision no: 2015/8929 (Kazancı).

131 Comp Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 353 ; Koller (n 129) § 81 N 66; Tutar (n 123) 83.

D. La peine résolutoire atypique présumée par la loi: Le deuxième alinéa de L'art. 446 du COT

Si les parties ont convenu d'une peine, c'est le débiteur qui est tenu de prouver qu'il s'agit également d'une peine résolutoire. En d'autres termes, c'est la peine contractuelle qui est la présumée mais pas la peine résolutoire¹³². En revanche, la peine convenue pour le comportement du travailleur contraire à l'interdiction de concurrence à son employeur après la fin du contrat de service est présumée comme une peine résolutoire par la loi¹³³. Le deuxième alinéa de l'art. 446 du COT concernant cette stipulation¹³⁴ est rédigé comme suit :

“Il (le travailleur) peut, lorsque la contravention est sanctionnée par une peine conventionnelle et sauf accord contraire, se libérer de la prohibition de faire concurrence en payant le montant prévu; toutefois, il est tenu de réparer le dommage qui excéderait ce montant.”

En vertu de cette disposition supplétive¹³⁵, renversant la présomption légale réglementée par le dernier alinéa de l'art. 179 du COT, le créancier (employeur) pourra exiger non seulement la peine résolutoire, mais également l'indemnisation du dommage supplémentaire découlant de la période avant la libération¹³⁶ conformément au second alinéa de l'art. 180 COT¹³⁷. Selon le dédit alinéa, il suffit que le travailleur paie uniquement la somme stipulée pour libérer de cette obligation et il n'est pas nécessaire de faire une déclaration explicite dans ce sens¹³⁸.

132 Erdem (n 1) 37; Couchepin (n 28) N 1115; Mooser (n 2) Art 160 N 15; Öktem Çevik (n 26) 105; Yağcıoğlu (n 112) 78. Dans ce contexte, Becker (n 1) Art 160 N 37.

133 Gauch et Schluep et Emmenegger (n 1) N 3812; Huguenin (n 4) N 1273; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 160 N 25; Erdem (n 1) 37-38; Couchepin (n 28) N 1115; Mooser (n 2) Art 160 N 15; Pellanda (n 4) Art 160 N 48. Cependant, au regard de la sanction contractuelle convenue sur l'interdiction de concurrence entre deux commerçants, le débiteur qui prétend avoir le droit de résilier cette transaction légale en payant le montant spécifié dans la clause pertinente est tenu d'en apporter la preuve. Dans le même sens Kocağa (n 76) 151.

134 Pour un exemple de cette stipulation voir 11^e Chambre civile de la Cour de cassation turque datée du 07.11.2022 dossier no: 2021/7273 décision no: 2022/7857 (Kazancı). Certains auteurs s'appuient également sur le dernier alinéa de l'art. 446 du COT pour indiquer que le créancier ne peut pas exiger -par principe- de l'abstention de l'activité concurrentielle interdite en même temps que l'exécution de la peine. Voir Bucher (n 1) 530; Wuffli (n 4) Art 160 N 18. À notre avis ledit alinéa auquel il n'est pas nécessaire de se référer dans ce contexte est rédigé comme suit: *“L'employeur peut exiger, s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, outre la peine conventionnelle et les dommages-intérêts supplémentaires éventuels, la cessation de la contravention, lorsque cette mesure est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement du travailleur.”*

135 Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmemesi Borcu” (2014) LXXII (2) İÜHF 457, 463; İrem Yayvak Namılı, *İş Hukuku'nda Cezai Şart* (On İki Levha 2019) 534.

136 Gauch et Schluep et Emmenegger (n 1) N 3806. À cet égard la peine résolutoire aux termes du deuxième alinéa de l'art. 446 du COT diffère de celle du dernier alinéa de l'art. 179 COT. Voir Pellanda (n 4) Art 160 N 48. Kocağa (n 76) 150 ; Yağcıoğlu (n 112) 82.

137 Voir Süzek (n 135) 463; Yayvak Namılı (n 135) 535.

138 Kocağa (n 76) 151; Yayvak Namılı (n 135) 535.

E. Les dispositions légales interdisant ou limitant la peine résolutoire

Tandis que la convention de la peine conventionnelle n'est pas admise dans certains cas¹³⁹ et le législateur limite parfois le montant de cette peine comme dans la vente avec paiements préalables¹⁴⁰.

F. La question de l'applicabilité du dernier alinéa de l'art 182 du COT

La question de savoir si le dernier alinéa de l'art. 182 COT autorisant au juge à réduire la peine conventionnelle sera appliquée par analogie à la peine résolutoire est controversée. Alors qu'une opinion s'oppose à l'application par analogie dudit article en ce qui concerne la peine résolutoire¹⁴¹, une autre l'admet¹⁴². À notre avis étant donné la peine résolutoire dont la nature se diffère fondamentalement de la peine conventionnelle en fournissant seulement au débiteur le pouvoir de se départir du contrat au lieu de rester lié à celui-ci, il n'est pas possible de le déduire aux termes du dernier alinéa de l'art. 182 COT au motif que la somme est excessive même par analogie à moins que les contractants n'attribuent une peine conventionnelle à la peine résolutoire. En revanche si les conditions citées par le dernier alinéa de l'art. 182 COT sont remplies la peine résolutoire règlementée par le second alinéa de l'art. 446 COT peut être réduite par le juge¹⁴³.

G. L'interprétation de la clause pénale

Tout doute quant à la question de savoir si une peine conventionnelle ou une peine résolutoire est stipulée dans un contrat doit être résolu par l'interprétation de la clause contractuelle. Dans ce contexte, alors que la disposition visant à renforcer la position du créancier doit être considérée comme une peine conventionnelle, celle

139 La peine résolutoire convenue pour la révocation ou répudiation du contrat de mandat selon l'art. 512 du COT n'est pas valable dans le cas où la révocation ou répudiation est justifiée et effectuée en temps opportun. Dans ce sens Koller (n 129) §80 N 21. En outre selon le second alinéa de l'art 119 CCT en ce qui concerne des fiançailles, la loi n'accorde pas d'action en exigeant le dédit promis pour l'abstention de se marier. Pour plus d'explications en ce qui concerne la relation entre le dédit et les fiançailles voir Etem Saba Özmen, "Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği)" (1995) (4) TBBD 520-577.

140 Le second alinéa de l'art. 269 du COT est rédigé comme suit: "*Le montant du dédit qu'il est prévu de verser par l'acheteur en cas de la résolution du contrat est déterminé en tenant compte de la nature de la situation et du délai écoulé entre la conclusion du contrat et la résolution. Toutefois, ce montant ne peut être inférieur à deux pour cent et supérieur à cinq pour cent du total des créances du vendeur. L'acheteur peut demander que la partie des paiements effectués au-delà des frais de retrait lui soit restituée, ainsi que le produit.*"

141 von Büren (n 112) 411; Oğuzman et Öz (n 6) N 1614; Gauch et Schluep et Emmenegger (n 1) N 3867; Widmer et Constantini et Ehrat (n 9) Art 160 N 25; Mooser (n 2) Art 160 N 15; Kocaağa (n 76) 152; Erdem (n 1) 40; Hatemi et Gökyayla (n 26) 406; Öktem Çevik (n 26) 106; Yağcıoğlu (n 112) 82; Kapanacı (n 90) 260; Yelkenci (n 49) 259; 15^e Chambre civile de la Cour de cassation datée du 11.02.2019 dossier no: 2018/1639 décision no: 2019/511; 15^e Chambre civile de la Cour de cassation datée du 14.02.2002 dossier no: 2001/4830 décision no: 2002/741 (Kazancı) dans le même sens en tenant compte aussi de l'exception du premier alinéa de l'art. 27 COT concernant la contradiction aux mœurs Çetiner et Furrer et Müller-Chen (n 98) N 1640 pour l'application du premier alinéa de l'art. 27 COT en ce qui concerne voir 23^e Chambre civile de la Cour de cassation datée du 30.11.2017 dossier no: 2015/9232 décision no: 2017/3536 (Kazancı).

142 Serozan (n 2) 227; Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 353; Feyzioğlu (n 6) 296; Berger (n 51) N 1813, Wolfer (n 19) N 294; Tutar (n 123) 112.

143 Pellanda (n 4) Art 160 N 48.

destiné à affaiblir l'effet contraignant du rapport contractuel est de nature de peine résolutoire¹⁴⁴. Si l'intention des parties réelle des parties ne peut pas être déterminée il faut admettre l'existence de la peine conventionnelle en s'appuyant de la présomption prévue par le premier alinéa de l'art. 179 COT¹⁴⁵.

La conclusion

Selon le premier alinéa de L'art. 177 du COT, une somme d'argent versée par l'une des parties lors de la conclusion du contrat est considérée comme une preuve de la conclusion du contrat (*arrha confirmatoria*). Dans le droit moderne, les domaines les plus courants où l'on rencontre des arrhes dont l'application a considérablement diminué au fil du temps avec la mise à disposition de méthodes plus fiables par l'ordre juridique sont les ventes de produits agricoles, le commerce d'animaux ou les relations de travail domestique. Le versement des arrhes ne constitue pas une convention distincte du contrat auquel elle se rapporte. Si le contrat pour la conclusion duquel la somme d'argent versée à titre probatoire est non valable, l'accord entre les parties concernant cette exécution ne sera pas valable, et dans ce contexte, la somme versée comme preuve de la conclusion de cet acte juridique sera restituée par principe dans le cadre des dispositions relatives à l'enrichissement illégitime. Selon cette disposition, en règle générale, les arrhes dont la qualité probatoire pour la conclusion du contrat est présumée par le législateur sont imputées sur la créance principale (l'obligation principale de la partie versant). Toutefois, si la disposition contractuelle convenue par les parties ou l'usage locale prévoit que le bénéficiaire les garde, les arrhes ne seront pas imputées. En cas d'existence de la retenue des arrhes, elles ne sont pas imputées sur la créance principale et restituées conformément à l'article 103 du COT sur la base de la relation contractuelle résiliée au moment de l'exécution. Si l'obligation principale du verseur devient impossible en raison d'une circonstance qui lui est imputable les arrhes remise en preuve de la conclusion du contrat devront être imputées par principe sur le montant des dommages-intérêts. Si le contractant met fin au contrat pour lequel les arrhes ont été remises lors de sa conclusion en raison d'une violation du contrat par le verseur, pour le sort des arrhes il sera déterminant qu'il s'agit d'une résolution ou d'une résiliation. Si l'obligation principale du débiteur (verseur) s'éteint à cause de l'impossibilité non imputable au

144 Couchepin (n 28) N 1128. Lorsque le montant de la peine prévue dans la clause vise à couvrir l'intérêt de l'autre contractant à l'exécution il s'agit d'une peine résolutoire. Voir Pellanda Art 160 N 48.

145 Tekinay et Akman et Burcuoğlu et Altop (n 6) 353; Oğuzman et Öz (n 6) N 1612; Kılıçoğlu (n 37) 1004; Yağcıoğlu (n 112) 83. Par exemple, dans un arrêt la clause du contrat étant rédigée comme suit: "...*Si l'une des parties se départ injustement et ne respecte pas les dispositions stipulées dans le contrat ou ne remplit pas ses obligations, elle est tenue de payer à l'autre partie, à titre de clause pénale, cinq fois les dépenses documentées encourues par l'entrepreneur pour la construction....*" est considérée par la cour de Cassation turque comme une peine alternative. Voir 6^e Chambre civile de la Cour de Cassation datée du 25.04.2022 dossier no 2022/578 K 2022/2390 (Kazancı). Dans un autre arrêt une clause de même contenu est qualifiée en même temps comme peine résolutoire au sujet du départ du contrat et comme une peine alternative en ce qui concerne la violation de contrat par la Cour de cassation. Voir 15^e Chambre civile de la Cour de cassation datée du 19.02.2018 dossier no: 2016/4690 décision no: 2018/649 (Kazancı).

débiteur selon l'art 136 COT ou l'obstacle à l'exécution est imputée au bénéficiaire les arrhes doivent être restituées au verseur. À moins que les parties au contrat n'attribuent une peine conventionnelle aux arrhes les arrhes ne servent qu'à prouver la conclusion du contrat et cette nature présumée par le législateur exclut par principe l'application du dernier alinéa de l'art. 182 du COT.

Le dédit peut être défini comme une somme de l'argent fournissant au verseur le pouvoir de se départir du contrat sans raison valable (*licentia paenitendi*) Selon l'art. 178 du COT, le dédit est l'argent versé au moment de la conclusion du contrat fournissant aux contractants le pouvoir de se départir du contrat. Le dédit réel ne doit pas nécessairement être remis à l'autre partie du contrat, et il est également possible de le bloquer en faveur du verseur auprès d'un tiers. L'accord concernant le dédit réel doit être conclu conformément à la forme du contrat auquel il se rapporte. Lorsque le dédit réel est remis, les parties obtiennent *facultas alternativa* concernant l'exécution de leurs obligations contractuelles ou la résolution (ou la résiliation) du contrat. Pour les contrats instantanés le droit de mettre fin au rapport contractuel sans motif acquis par voie du versement du dédit réel peut être exercé au plus tard au début de l'exécution de l'obligation principale à moins que les parties n'aient convenu d'un délai spécial. Pour les contrats de durées ce droit peut être exercé en tout temps sous réserve de l'art. 2 du CCT. En cas de résolution ou résiliation du contrat pour lequel le dédit réel est versé, le destinataire de cette déclaration ne peut pas réclamer de dommages-intérêts en raison de résolution ou résiliation franchissant le montant du dédit réel et ne peut pas non plus obliger l'ayant droit à exécuter son obligation en nature à moins que les parties ne se soient réservé ces droits. Lorsque le droit de se départir de contrat du contrat n'est pas exercé il convient d'imputer le dédit réel sur la créance principale par analogie du second alinéa de l'art. 177 du COT à moins que les parties ne conviennent autrement. Étant donné le dédit réel dont la nature se diffère fondamentalement de la peine conventionnelle en fournissant seulement aux parties le pouvoir de se départir du contrat au lieu de rester lié à celui-ci, il n'est pas possible de le déduire aux termes du dernier alinéa de l'art. 182 COT au motif que la somme est excessive même par analogie à moins que les contractants n'attribuent une peine conventionnelle au dédit réel.

En convenant de la peine résolutoire, le débiteur acquiert le droit de mettre fin au contrat sans aucun motif en versant une somme d'argent ou remettant une autre chose. De ce fait, cette peine confère au débiteur *facultas alternativa* concernant l'exécution de leurs obligations contractuelles ou la résolution (ou la résiliation) du contrat. Bien que le dernier alinéa de l'art. 179 du COT ne l'accorde qu'au débiteur, il est possible de fournir ce pouvoir au créancier dans le contrat. Dans un contrat où la peine résolutoire est stipulée le créancier ne peut exiger que l'exécution de l'obligation principale. La réclamation du créancier portant sur l'exécution peut être paralysée par le paiement de

la peine par le débiteur. Si les parties ont convenu d'une peine, c'est le débiteur qui est tenu de prouver qu'il s'agit également d'une peine résolutoire. En d'autres termes, c'est la peine contractuelle qui est la présumée mais pas la peine résolutoire. En revanche, la peine convenue pour le comportement du travailleur contraire à l'interdiction de concurrence dans le contrat de service est présumée comme une peine résolutoire atypique par la loi. À notre avis étant donné la peine résolutoire dont la nature se diffère fondamentalement de la peine conventionnelle en fournissant seulement au débiteur le pouvoir de se départir du contrat au lieu de rester lié à celui-ci, il n'est pas possible de le déduire aux termes du dernier alinéa de l'art. 182 COT au motif que la somme est excessive même par analogie à moins que les contractants n'attribuent une peine conventionnelle à la peine résolutoire.

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

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

Divulgence financière: L'auteur a déclaré que l'article proposé n'a pas reçu de soutien financière.

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

- Altop S, *Roma Malvarlığı Hukukunda Pey Akçesi "Arra"* (Istanbul 1994).
- Becker H, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeinen Bestimmungen, Art. 1-183 OR* (2^{ème} édition, Stämpfli Verlag AG 1945).
- Berger B, *Allgemeines Schuldrecht* (3^e édition Stämpfli Verlag 2018).
- Berki O F, 'Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler' (1943) 17 (5) İBD 277, 303.
- Bucher E, *Allgemeiner Teil des Obligationenrechts* (2^{ème} édition, Schultess 1988).
- Bucher E, 'Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen-Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze', *Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag* (Freiburg /CH Universitätsver 1977) 249-269.
- Couchepin G, *La clause pénale- Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction* (Schultess Juristische Medien 2008).
- Çetiner B et Furrer A et Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2^e édition On İki Levha 2022).
- Düzceer R, 'Pey Akçesi ve Zımanı Rücu', (1956) 3 (3) Adalet Dergisi 342, 354.
- Engel P, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO* (2^e édition Stämpfli 1997).
- Erdem M 'Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı', *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt : I*, Éditeurs: Hasan Erman, Saibe Oktay Özdemir, Mustafa Aksu, Burcu Kalkan Oğuztürk, Harun Demirbaş (Vedat Kitapçılık 2009) 663, 684.

- Erdem M, *La clause pénale, Étude comparative de droit suisse et de droit turc* (Ankara 2006).
- Eren F et Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt : III (m. 83-206)* (Yetkin 2022).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27^e édition Yetkin 2022).
- Feyzioğlu F N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II* (2^{ème} édition, Fakülteler Matbaası 1977).
- Franco N, 'Pey Akçesinin Mahiyeti', (1996) LV (1-2) İÜHFMD 249, 262.
- Fries M et Schulze R, *Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (11^e édition, Nomos 2022).
- Gauch P et Schlupe W R et Emmenegger S, *OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II* (11^e édition, Schulthess 2020).
- Gottwald P, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht Allgemeiner Teil II*, Éditeur : Wolfgang Krüger (8. Auflage, CH Beck 2019).
- Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021).
- Hatemi H et Gökyayla E, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm* (5^e édition Filiz 2021).
- Helvacı İ, *Le droit turc du contrat* (Schultess 2018).
- Huguenin C, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3^e édition Schultess 2019).
- Janoschek C, *Beck'sche Online-Kommentar*, Éditeurs: Wolfgang Hau und Roman Poseck (66^e édition, CH Beck 2023).
- Işık S, "7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi" (2022) 28 (1) MÜHFHAD 407-440.
- Işık S, "Medenî Usûl Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ncı Maddesinin Değerlendirilmesi" (2023) 9 (2) AndHD 385-416.
- Kabaklıoğlu Arslanyürek Y, *Ceza Koşulu, Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi* (On İki Levha 2018).
- Kapancı K B, 'Dönme Cezası (TBK m. 179 / f. 3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma', (2016) 22 (2) MÜHFHAD 247-270.
- Keller M und Schöbi C, *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Das schweizerische Schuldrecht* (3^e édition Helbing & Lichtenhahn 1988).
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26^e édition Turhan 2022).
- Kocağa K, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)* (2^e édition Yetkin 2018).
- Koller A, 'Reugelder bei Grundstückkaufverträgen' (2009) 145 (2) ZBJV 73-82.
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht* (Stämpfli Verlag 2023).
- Lindacher W, *Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5/3, Schuldrecht 3/3, §§ 328-432* (13^e édition Verlag W. Kohlhammer 2010).
- Medicus D et Lorenz S, *Juristische Kurz-Lehrbücher, Schuldrecht I* (22^e édition, C.H. Beck 2021).
- Mooser M, *Commentaire Romand, Code des obligations I*, Éditeurs : Luc Thévenoz et Franz Werro (3^e édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2021).
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19^e édition Beta 2023).
- Oğuzman M K et Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I* (20^e édition, Vedat 2022)
- Oğuzman M K et Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II* (17^e édition, Vedat 2022).

- Oser H et Schöenberger W, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband : Art. 1-183* (2^{ème} édition, Schultess & Co 1929).
- Öktem Çevik S, 'Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası', *Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Cilt: III*, Éditeurs: Herdem Belen et İsmail Altay (İstanbul Barosu Yayınları 2014) 97, 112.
- Öz T, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme* (Kazancı 1990).
- Özbilen A B, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2016).
- Özmen E S ' Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83 Madde Değişikliği) (1995) (4) TBBB 520-577.
- Peksöz V, *Hukuk Muhakemesi Kapsamında Karineler ve Faturanın Hukuki Niteliği* (Thèse de maîtrise non publiée 2014).
- Pellanda K R, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*, Herausgeber: Andreas Furrer et Anton K. Schnyder (Schultess Juristische Medien AG 2016).
- Rieble V, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 328-345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe)* (Nouvelle édition 2020, Sellier / de Gruyter 2020).
- Saymen F H et Elbir H K, *Türk Borçlar Hukuku I, Umumî Hükümler, İkinci Cilt* (İsmail Akgün Matbaası 1958).
- Schoch W, *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht* (Stämpfli&Cie 1935).
- Schwarz A, *Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt*, Traducteur: Bülent Davran (Kardeşler Matbaası 1948).
- Secretan R, *Étude sur la clause pénale en droit suisse* (Imprimerie La Concorde 1917).
- Serozan R, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7^e édition Filiz 2016).
- Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (2^{ème} édition, Vedat 2007).
- Stadler A, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, Editeur: Rolf Stürner (18^e édition, CH Beck 2021).
- Sungurbey İ, *Acemoğlu'nun "Tapulama Kanunu..." "Eşya Hukuku Meseleleri" Adlı Kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üstüne Notlar* (Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. Şti 1971)
- Süzek S "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu" (2014) LXXII (2) İÜHFM 457, 467.
- Tekinay S S et Akman G S et Burcuoğlu H et Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7^e édition, Filiz Kitabevi 1993).
- Tercier P ve Pichonnaz P ve Develioğlu H M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2^e édition On İki Levha 2020).
- Tunçomağ K, *Türk Hukukunda Cezai Şart* (Baha Matbaası 1963).
- Tutar E, *Dönme Cezası* (Turhan 2016).
- von Büren B, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Schultess 1964).
- von Tuhr A et Escher A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)* (3^e édition, Schultess Polygraphischer Verlag, 1984).

- Walchner W, *Nomos Kommentar; BGB Schuldrecht, Band 2: §§241-853*, Éditeurs: Barbara Dauner-Lieb et Werner Langen (4^e édition, Nomos 2021).
- Widmer M et Constantini R et Ehrat F R, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR*, Herausgeber: Corinne Widmer Lüchinger und David Oser (7^e édition, Helbing Lichtenhahn Verlag 2020).
- Wolfer M, *Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage* (Dike Verlag 2012).
- Wuffli D, *Orell Füssli Kommentar; OR Kommentar; Schweizerisches Obligationenrecht* (3^e édition, Orell Füssli 2016).
- Yağcıoğlu B, 'Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları' (2017) 19 (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan) DEÜHFD 1207, 1270.
- Yağcıoğlu B, *Ceza Koşulu (Cezai Şart)* (2^e édition Seçkin 2022).
- Yayvak Namlı İ, *İş Hukuku'nda Cezai Şart* (On İki Levha 2019).
- Yelkenci I, *Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Koşulu* (These de doctorat non publiée 2022).
- Yıldız M G, *Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları* (On İki Levha 2020).

