

terminé à l'achat. La condition de mesurage n'a été prescrite que comme moyen de contrôle, comme vérification des dires du vendeur. Mais, en attendant, il y a un prix : seulement, il pourra par l'évènement être augmenté ou diminué.

C'est ce que reconnaît l'art. 1617 quand il dit : *L'acquéreur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix.* Le prix existe donc : il n'est pas dans les futurs contingents. Il a une certitude provisoire.

Il suit de là que la vente n'est pas grevée d'une condition suspensive. Il n'y a rien qui soit en suspens, rien qui arrête ou retarde le concours des trois éléments, *res, pretium, consensus*, dont la vente se compose. Le mesurage n'est qu'une faculté prescriptible par le délai d'un an (1), faculté introduite pour rectifier des erreurs de calcul qui ne doivent pas faire compte. Mais du reste, quand même il ne serait pas fait, il n'empêcherait pas l'acheteur d'entrer en possession, et un premier mesurage ne serait pas un obstacle à un second, de telle sorte que si l'acheteur reconnaissait qu'il a été trompé par la première opération, il pourrait réclamer, tant que l'année de grâce ne serait pas écoulée (2). Ce qui prouve bien que ce n'est pas le fait de l'arpentage qui rend la vente définitive et la purifie de la charge qui lui a été imposée.

Il est si vrai que, dans l'hypothèse que je discute, la vente est parfaite, mais que seulement elle est sujette à modification (comme dans un compte où il y aurait des erreurs), que l'art. 1622 ouvre à l'acheteur une action EN RÉSILIATION à partir du contrat, s'il doit payer un excédant de prix plus fort que le vingtième du prix convenu. Or, une action en résiliation suppose un contrat parfait, et non pas un contrat suspendu par une condition. La clause de mesurage est si peu suspensive, que, si elle ne s'exécute pas, le

(1) Art. 1622.

(2) L. 40, D. *De cont. empt.*

contrat ne continue pas moins à subsister, et que même il devient pur et simple au bout d'un an (1). Or, tout le monde connaît la définition de la condition suspensive donnée par Cujas : *Conditio est causa appositâ legato, quâ existente, legatum debetur, DEFICIENTE PERIMITUR, suspensâ suspenditur.* Eh bien ! avant le mesurage, le corps certain est dû à l'acheteur ! Avant le mesurage rien ne l'empêche de se mettre en possession ! Malgré le défaut de mesurage, la vente n'en atteint pas moins sa perfection !

Je pense donc que la vente à la mesure, prévue par notre article, est accompagnée de circonstances telles qu'on doit l'assimiler à l'espèce posée dans la loi 40, D. *De cont. empt.* : « Qui fundum vendebat ita in lege dixerat, ut emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur, et de modo renuntiaret, et si ante diem non renuntiaret, et venditoris fides soluta esset. »

Au lieu de trente jours, c'est un an que donne l'art. 1622 ; mais, à mon sens, il n'y a pas d'autre différence.

On voit que ces considérations nous rapprochent de l'opinion de Pothier et de la doctrine soutenue au conseil d'État.

Nous les confirmerons par quelques réflexions sur les risques de la chose avant le mesurage.

J'achète une forêt, à tant l'hectare, pour le prix de 25,000 fr. Un incendie dévore les futaies ; des dévastations ruinent les taillis avant que le mesurage soit fait. Est-ce que je pourrai me désister de la vente à cause de ces détériorations, ou exiger que le vendeur en supporte le dommage par une diminution du prix ? Non, sans doute ! J'ai droit, à la vérité, de me plaindre du défaut de contenance, mais non pas de ce que la contenance qui m'est délivrée a perdu de sa valeur depuis le marché (2).

(1) Art. 1622.

(2) Au surplus, on arrive également à ce résultat, lors même

J'achète une métairie, à tant la mesure, moyennant 60,000 fr. Mais, avant que l'arpentage ait constaté la contenance déclarée, la rivière s'ouvre un passage entre les limites, partage la métairie en deux, emporte la maison de ferme, et se substitue à des terrains fertiles sur lesquels j'avais compté. Quelque fâcheuse que cette perte soit pour moi, je n'aurai pas le droit de me plaindre; *res perit domino*. La place que les champs occupaient devra être comptée dans le calcul des contenance.

Mais arrêtons-nous à un autre cas plus difficile en apparence.

La rivière emporte les limites et engloutit une partie des terres qui la bordaient. Serai-je responsable de la force majeure qui a fait disparaître les parties de l'immeuble indiquant le bornage? J'ai acheté à tant la mesure; je ne dois payer que ce que le mesurage permet de constater d'une manière sûre.

Malgré ces raisons, il faut encore décider que la perte doit retomber sur l'acheteur. Nous avons dit, en effet, qu'il pouvait se mettre en possession avant le mesurage. Eh bien! supposons qu'il ait joui de la pièce de terre ou de pré qui bordait la rivière. Pourrait-il, après qu'il en aura fait la récolte, soutenir que c'est le vendeur qui est responsable de la perte essayée? La raison se refuse à cette conséquence.

Il en est de même alors que l'acheteur n'aurait pas pris possession avant le mesurage. La stipulation de mesurage a pour objet d'empêcher que les parties ne soient respectivement dupes d'une erreur de calcul. Elle leur ouvre une voie pour la faire corriger; mais

que l'on tient pareille vente pour conditionnelle, et qu'on la considère du point de vue des principes qui ont précédé l'art. 1182 du Code Napoléon (v. *suprà*, p. 424, le passage de Brunemann). Mais, pour que mon argumentation soit plus complète, je pars des hypothèses non contestées par les anciens auteurs qui ont approfondi la question, pour arriver progressivement à celles qui font difficulté.

ce serait exagérer sa portée que d'en faire pour l'acheteur un moyen de se garantir de la force majeure. Dans l'intention des contractants, il est impossible qu'elle aille jusque-là. Voici donc quelle sera la position des parties. L'opération de l'arpentage constatant un déficit, l'acheteur demandera une diminution de prix; mais le vendeur aura la faculté de prouver que ce déficit provient d'un événement postérieur à la vente et dont il n'est pas responsable; et s'il a les moyens d'établir les anciennes limites, l'acheteur devra payer le prix de tout ce qu'elles contenaient. *Res perit domino*. Ce résultat sera juste; car le mesurage relève d'une erreur, d'une fausse énonciation, et non pas de la force majeure.

Enfin, arrivons à une dernière supposition, et admettons qu'avant le mesurage l'immeuble ait péri en entier. Au premier coup d'œil, il semble que l'acheteur puisse dire: J'ai acheté à condition que je pourrai mesurer; la perte de la chose me met dans l'impossibilité de faire cette opération, qui seule peut constater ce que je dois payer. Je suis donc entièrement dégagé.

Il faut néanmoins répondre que l'acheteur doit le prix.

D'abord, nous retrouvons ici la raison que tout à l'heure nous faisons valoir, c'est-à-dire que la clause de mesurage n'a trait qu'aux erreurs de contenance, et non pas aux événements de force majeure qui, depuis la vente, ont changé l'état des lieux. Le vendeur a abdiqué en faveur de l'acheteur un immeuble ayant une contenance certaine; ce n'est pas un être problématique qui a fait l'objet du contrat. Ce domaine a été transmis à l'acheteur par un acte qui n'était suspendu par aucune condition. Il n'est donc pas juste qu'un fait postérieur et imprévu le prive du prix sur lequel il a dû compter.

Vainement l'acheteur se plaint-il de ce qu'il ne peut faire le mesurage, et qu'il est exposé à payer

plus que la véritable contenance ne l'exigeait, puisqu'il serait possible que, de fait, le domaine vendu ait eu moins d'étendue que celle qui a été déclarée. On lui répond que s'il est exposé à payer plus, le vendeur peut craindre, de son côté, d'avoir fixé un prix inférieur à la véritable contenance; car il a l'action *quanti majoris*, de même que l'acheteur a l'action *quanti minoris*. Ainsi, il y a égalité de craintes. Une chance compense l'autre, et l'équité ne saurait rien changer à la règle *Res perit domino*.

Enfin, ce qui achève de confirmer cette argumentation, c'est que le Code n'ouvre à l'acheteur qu'une action en diminution de prix ou en résolution, si la contenance est trop forte. Mais il ne lui accorde aucun droit pour l'exempter de payer le prix en totalité.

Telles sont les raisons qui me déterminent à préférer l'opinion de Pothier et celle qui a été soulevée au conseil d'État (1). J'avoue néanmoins que cette question n'est pas exempte d'embarras, et je désirerais que les jurisconsultes l'examinassent à fond, pour suppléer à ce qui manque à mon travail.

330. Le déficit dans la contenance d'un immeuble acheté avec indication du nombre d'hectares n'est pas un motif de faire annuler la vente. « Si in quantitate, » dit Voët, *erratum fuerit, valet quidem venditio, nec » ullo in casu ipso jure nulla est...; nam si, verbi gratia fundus ad quantitatem distractus sit... minuentur dum esset pro rata pretium, prout angustior inventus fuerit agri modus, quam contractu expressum » est (2).* »

La comparaison de l'art. 1617 avec l'art. 1618 fournit une preuve à l'appui de cette vérité. Car le législateur, en donnant à l'acheteur l'action en résiliation pour le cas prévu par l'art. 1618, la lui refuse impli-

(1) *Sic* MM. Duvergier, t. 1, n° 287, et Marcadé, art. 1617, n° 2, et 1618, n° 3.

(2) *Ad Pand., De cont. empt.*, l. 7.

citement pour le cas de l'art. 1617. Cette idée se trouve aussi exprimée dans le rapport de M. Grenier, organe du Tribunal. « On remarque une différence » entre la circonstance de l'excédant de contenance » et celle du déficit. C'est que pour la première l'acquéreur peut se désister du contrat, au lieu qu'à l'égard de la seconde cette faculté ne lui est pas accordée. La raison en est que, lorsqu'il y a une moindre contenance, l'acquéreur est toujours présumé avoir voulu l'acheter, et il est incontestable qu'il en a les moyens, puisqu'il avait voulu en acquérir une plus grande (1). »

Je ne saurais donc partager l'opinion de M. Duranton, qui pense que l'acheteur peut demander la résolution pour défaut de contenance (2).

Opposera-t-on (comme je l'ai vu faire quelquefois) l'art. 1636 du Code Napoléon, pour soutenir que l'acheteur doit être admis à prouver qu'il n'aurait pas acheté s'il eût su que la contenance était moindre? Mais l'argument serait fautif. On trouvera au numéro suivant des raisons qui s'appliquent parfaitement ici, et expliquent le vice radical de cette analogie imaginaire.

La vente subsistera donc.

Mais l'acheteur pourra forcer le vendeur à lui délivrer la quantité indiquée au contrat; et si la chose ne lui est pas possible, le vendeur devra subir une diminution proportionnelle du prix (3).

L'acquéreur pourra aussi opter pour une diminution de prix.

331. J'ai dit que la vente subsistera. Mais cette

(1) Fenet, t. 14, p. 196.

(2) T. 16, n° 223.

(3) Le vendeur est évidemment autorisé par notre article à se procurer ce qui manque. Il pourra, à cet effet, détacher une portion de terre d'un fonds voisin qui lui appartient, ou l'acquérir d'un propriétaire limitrophe.

combinaison de la loi ne paraît-elle pas en contradiction avec l'art 1602 du Code Napoléon, qui porte que si, au moment de la vente, une partie de la chose est périée, il est au choix de l'acheteur d'abandonner la vente ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer un prix inférieur par ventilation? Quelle différence y a-t-il pour l'acheteur entre le cas où la chose est diminuée par force majeure, et celui où elle offre un déficit par suite d'une erreur? N'est-ce pas toujours, pour une cause ou pour une autre, aboutir à un défaut de délivrance? N'est-il pas évident que la perte d'une portion de la chose aura toujours pour résultat d'amener la délivrance d'une moindre contenance? Pourquoi donc, dans l'art. 1602, la vente est-elle soumise à une condition potestative résolutoire de la part de l'acheteur? Pourquoi, au contraire, dans le cas de l'art. 1617, l'acheteur est-il lié par une obligation indissoluble?

Cette antinomie n'est qu'apparente, et il n'est pas difficile de donner une conciliation. Dans le cas de l'art 1602, la vente porte sur une chose certaine promise à l'acheteur; il a droit à l'avoir matériellement telle qu'elle lui a été cédée, sinon à rompre un marché qui ne remplit pas son attente. Il en est autrement dans l'espèce de l'art. 1617. L'acheteur a vu la chose; telle il l'a examinée, telle on la lui livre; aucune portion matérielle n'en est retranchée; elle subsiste dans l'état où elle était lors du contrat. Seulement, il y a mécompte dans l'opinion qu'on avait de sa contenance. Mais cette opinion n'est pas entrée dans les motifs déterminants du contrat, puisque l'acheteur n'a voulu traiter qu'à raison de tant la mesure. Il n'y a donc pas de motif pour concéder à l'acheteur la faculté de discéder de la vente (1).

(1) Le principe que j'expose dans ce numéro et le précédent a été combattu par M. Duvergier dans son traité de la Vente, t. 1, n° 286. Mais j'y reviens dans mon Commentaire du Louage,

332. Dans la mesure de la contenance il ne faut pas comprendre les chemins publics et les rivières qui traversent ou bordent le fonds vendu, ni les bords de la mer qui viennent le joindre; car toutes ces choses, faisant partie du domaine public, sont évidemment placées en dehors des stipulations des parties (1), à moins de convention contraire (2).

Il en serait autrement d'un canal ou d'un cours d'eau qui formerait un accessoire du fonds vendu; d'un sentier d'exploitation ouvert pour le parcourir; d'un mur ou d'un fossé mitoyen ou non mitoyen, qui servirait de clôture (3).

333. *Quid* des alluvions survenues depuis la vente?

Puisque la vente est parfaite, il semble que l'alluvion doit profiter à l'acheteur, et qu'elle n'entre pas dans le mesurage (4). En principe rigoureux, on ne saurait le contester. Mais un sentiment d'équité avait fait penser aux jurisconsultes romains qu'il fallait tourner en quelque sorte et adoucir la sévérité de la logique (5). L'alluvion est un bénéfice de la nature (6); c'est un don du fleuve (7). Or, si le vendeur

n° 654 où je maintiens l'opinion ci-dessus exprimée. — V. cependant, outre M. Duvergier, MM. Delvincourt, t. 3, note; Duranton, t. 16, n° 223; Championnière et Rigaud, t. 4, n° 400; Marcadé, sur l'art. 1618, n° 2.

(1) Paul, l. 51, Dig. *De cont. empt.*, et l. 7, § 1, *De peric. et com.* Pothier, Vente, n° 252.

(2) La loi 7, § 1, précitée, permet la convention par laquelle on convient qu'un chemin public sera compris dans le mesurage. La cour de Paris a jugé cependant le contraire par arrêt du 19 mai 1810 (Daloz, Vente, p. 867, 868). Une pareille décision ne se conçoit pas (art. 1134 du Code Napoléon).

(3) Pothier, Vente, n° 253.

(4) *Suprà*, n° 323.

(5) Ulp., liv. 13, § 14, Dig. *De aci. empt.*

(6) J'emprunte l'élegant et toujours ingénieux commentaire de Cujas (Récit. solenn. sur cette loi)

(7) Cujas cite ce vers de Lucain :

*His rura colonis*

*Accedunt, DONANTE Pado.*

est de bonne foi, s'il s'est trompé dans la contenance de son immeuble, ne vaut-il pas mieux que cet accroissement fortuit lui soit compté, à lui qui est menacé d'une diminution de prix, à lui *qui certat de damno vitando*, qu'à l'acheteur *qui certat de lucro captando*? N'est-il pas juste que ce bénéfice inespéré soit pour lui un moyen de conserver intact le prix stipulé? Ainsi donc, dans le cas de bonne foi du vendeur, on dérogera au principe général, afin que le prix ne soit pas diminué; *ne quid ei ex pretio depereat* (1). Mais s'il est de mauvaise foi, l'acheteur profitera de l'alluvion; car, comme le dit Ulpien dans la loi dont j'expose la pensée, *dolo fecit, nec dolus purgatur*. Le dol ne doit profiter à personne, et rien ne peut en relever.

Cette distinction me paraît trop favorable pour n'être pas admise dans notre droit français, toujours fidèle à l'équité.

334. Les frais d'arpentage sont à la charge du vendeur; ce sont des frais de délivrance; ainsi le décide Basset (2) et Bourjon (3).

#### ARTICLE 1618.

Si, au contraire, dans le cas de l'article précédent, il se trouve une contenance plus grande que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix, ou de se désister du contrat, si l'excédant est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée.

(1) Expressions de Cujas. MM. Garnier, rég. des eaux, t. 4, n° 247, Fournel, v° alluvion et Dubreuil, législation des eaux, n° 66, disent d'une manière générale que l'alluvion n'est pas un obstacle à la demande de l'acquéreur pour défaut de contenance.

(2) T. 2, l. 4, t. 16, ch. 6.

(3) T. 4, p. 482, n° 50. *Suprà*, n° 288, et *infra*, n° 345.

#### SOMMAIRE.

335. Du cas où il y a excès de contenance dans une vente à la mesure.  
336. L'acheteur a droit de faire résilier la vente s'il y a excédant d'un vingtième. Raison de cela.  
337. L'acheteur peut renoncer au bénéfice de l'art. 1618.

#### COMMENTAIRE.

335. Nous venons de voir les dispositions de la loi, lorsqu'il y a déficit. L'art. 1618 s'occupe du cas où il y a excès sur la contenance promise.

Comme la vente est à la mesure, il est évident que l'acheteur doit payer ce qu'il y a en sus (1); voilà la règle.

336. Mais il est possible que l'acheteur ne se soit décidé à traiter que parce que la quantité promise, appréciée suivant les bases du contrat, portait le prix à un taux en rapport avec ses facultés. Eh bien! voilà qu'un excédant imprévu de contenance élève le prix au-delà de ses calculs et peut-être de ses moyens pécuniaires! Dans ces circonstances, l'équité voulait que l'acheteur pût renoncer à une vente qui lui imposait des engagements inexécutables; notre article lui en donne donc la faculté (2).

(1) Pothier, Vente, n° 256. — V. aussi MM. Delvincourt, t. 3, note; Zachariæ, t. 2, p. 510; Duvergier, t. 4, p. 235; — V. encore Dijon, 27 mars 1851 (J. Pal. 1853, t. 2, p. 27). — V. cependant M. Marcadé, art. 1618, n° 1.

(2) Suivant Voët, Grotius, Pinellus et autres, l'acheteur avait l'option de payer le supplément de prix ou de laisser au vendeur l'excédant de contenance (Voët, ad Pand., *De cont. empt.*, n° 7). Aujourd'hui, l'acheteur ne pourrait exiger un retranchement; car la chose vendue EN ENTIER ne saurait être fractionnée contre le gré du vendeur. L'acheteur n'a que l'option de payer ou de se désister.