

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 10 octobre 2016

Composition : M. ABRECHT, président
Mmes Courbat et Giroud Walther, juges
Greffier : M. Valentino

Art. 813 ss, 959 ss, 972 CC ; 96 LP

Statuant sur l'appel interjeté par **X.**_____, défenderesse, au Liechtenstein, et sur l'appel joint interjeté par la **CONFEDERATION SUISSE, l'ETAT DE VAUD** et la **COMMUNE DE K.**_____, demandeurs, contre le jugement rendu le 15 janvier 2016 par la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant les parties entre elles, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 15 janvier 2016, envoyé pour notification le 24 février 2016, la Chambre patrimoniale cantonale a prononcé que l'état des charges de l'immeuble parcelle RF n° [...] de la Commune de K._____ était modifié en ce sens que la collocation n° 5 d'un total de 10'408'208 fr. 45 primait la production de la défenderesse [...] (ci-après : B._____) substituée par X._____ à concurrence de 1'532'000 fr., avec les intérêts y relatifs, et n'était primée que par les collocations n°s 1 et 2 à concurrence de 1'600'000 fr., avec les intérêts y relatifs, et par les collocations n°s 3 et 4 (I), que les frais judiciaires par 46'250 fr. étaient mis à la charge par moitié pour chaque partie (II), que X._____ devait rembourser aux demandeurs Confédération suisse, Etat de Vaud et Commune de K._____, solidairement entre eux, la somme de 23'125 fr. à titre d'avance de frais (III), que les demandeurs, solidairement entre eux, devaient verser à X._____ la somme de 10'000 fr. à titre de dépens (IV) et que toutes autres ou plus amples conclusions étaient rejetées (V).

En droit, les premiers juges ont considéré que la cédule n° 275429 avait certes été inscrite au Registre foncier le 11 mars 1996, mais qu'à cette date, elle était détenue par le propriétaire, de sorte que ce n'était que lors de la conclusion des contrats d'hypothèque des 24 avril 2006 et 4 mai 2009 qu'elle avait acquis une portée pratique. Par conséquent, c'étaient ces dates qui faisaient foi pour la détermination du rang des créances dans l'état de collocation. Les premiers juges ont en outre relevé que le fait que la cédule n° 275429 portait la mention « en premier rang » ne la rendait pas prioritaire dès lors qu'il n'était pas possible de porter préjudice aux droits des créanciers déjà inscrits. En conséquence, l'hypothèque de 1'600'000 fr. datant du 24 avril 2006, elle primait la restriction du droit d'aliéner du 8 décembre 2008. En revanche, l'hypothèque de 1'532'000 fr. datant du 4 mai 2009, elle était postérieure à la restriction du droit d'aliéner en rang. Enfin, les premiers juges ont considéré que le grief - soulevé par les demandeurs - de la nullité des

contrats de prêt hypothécaire n'avait pas à être examiné au motif qu'aucune conclusion constatatoire n'avait été prise en ce sens.

B. **a)** Par acte du 6 avril 2016, X._____ a formé appel contre ce jugement, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que les conclusions prises par les demandeurs soient intégralement rejetées et que l'état des charges de l'immeuble n° [...] de la Commune de K._____ établi le 3 mars 2014 par l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois soit confirmé en ce sens que la collocation n° 2 (production de B._____ substituée par X._____) reste colloquée en premier rang pour un montant de 3'132'000 fr., avec intérêts y relatifs. L'appelante a produit deux nouvelles pièces.

L'appelante s'est acquittée, dans le délai prolongé à cet effet, de l'avance de frais de 16'320 fr. qui lui avait été demandée.

b) Par réponse du 28 juin 2016, la Confédération suisse, l'Etat de Vaud et la Commune de K._____ ont conclu, avec suite de frais, au rejet de l'appel et, par voie d'appel joint, principalement à la réforme du jugement en ce sens que l'état de collocation soit modifié de sorte que la collocation n° 5 d'un total de 10'408'208 fr. 45 prime la production de B._____ substituée par X._____ de 3'225'624 fr. 40 et ne soit primée que par les collocations n^{os} 1, 3 et 4, les frais judiciaires étant entièrement mis à la charge de X._____. Subsidiairement, ils ont conclu à l'annulation du jugement précité et au renvoi de la cause à la Chambre patrimoniale cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt à intervenir.

L'avance de frais requise, par 17'000 fr., a été payée dans le délai imparti.

X._____ s'est déterminée sur l'appel joint le 14 septembre 2016.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. B._____ est une société anonyme sise à Vaduz, au Liechtenstein, dont le but est, en substance, la gestion de fortune privée pour les particuliers. Elle dispose d'une branche suisse, [...], sise à Zürich.

F._____ est une société anonyme sise à K._____ dont le but est ainsi libellé : « *services informatiques dans le domaine de la finance, notamment installation de systèmes et location d'espaces informatiques, service de bureau, conseils, gestion de projets, support et assistance, formation des utilisateurs* ». Elle est propriétaire de la parcelle n° [...] inscrite au Registre foncier de la Commune de K._____.

2. **a)** Le 11 mars 1996, une cédule hypothécaire au porteur de 1^{er} rang n° 275429 grevant la parcelle n° [...] susmentionnée a été inscrite au Registre foncier de Morges pour un montant de 3'132'000 francs. Cette cédule contient la mention suivante : « *[I]a présente cédule hypothécaire est en PREMIER RANG.* ». Aucun droit de gage antérieur ne grevait cette cédule.

b) Le 14 mai 1999, F._____ a conclu un contrat-cadre de crédit hypothécaire avec J._____, pour un crédit de 2'300'000 francs. Ce contrat prévoyait que le crédit accordé était garanti par la cédule hypothécaire au porteur n° 275429.

c) Début 2006, F._____ et J._____ ont mis un terme à leur collaboration et ont résilié le contrat hypothécaire qui les liait.

B._____ a alors remplacé J._____ en qualité de prêteuse. A cet égard, par courrier du 30 mars 2006, B._____, avec laquelle F._____ avait pris contact en vue d'un prêt, a réclamé de J._____ la remise de la cédule hypothécaire au porteur n° 275429 en échange du versement par B._____ d'une somme de 1'800'000 fr. en remboursement du prêt hypothécaire accordé à F._____.

Par envoi du 12 avril 2006, J. _____ a transmis à B. _____ la cédula hypothécaire n° 275429. A sa requête, B. _____ a ainsi été inscrite le 4 mai 2006 au grand livre et au journal du Registre foncier en qualité de titulaire de cette cédula. Aucun droit de gage antérieur ne primait alors le droit de gage de B. _____.

Le 24 avril 2006, F. _____ a conclu avec B. _____ un contrat n° 5688 d'hypothèque à taux fixe d'un montant de 1'600'000 fr. dont la date d'expiration était fixée au 20 mars 2011, l'hypothèque restant sans amortissement jusqu'au 31 mars 2009.

Le 24 avril 2006, B. _____ a, par convention conclue avec F. _____, acquis par cession fiduciaire la cédula hypothécaire au porteur de 1^{er} rang n° 275429 au titre de sûreté pour toutes ses créances à l'encontre de F. _____.

3. a) Le 5 décembre 2008, l'Etat de Vaud et la Commune de K. _____ ont notifié à F. _____ une demande de sûretés d'un montant total en capital de 5'470'000 fr. pour garantir le paiement du rappel d'impôt cantonal et communal sur le bénéfice et le capital et le paiement des amendes pour les périodes fiscales 1999 à 2002, ainsi que de l'impôt cantonal et communal sur le bénéfice et le capital pour les périodes fiscales 2003 à 2006.

Le même jour, la Confédération suisse a notifié à F. _____ une demande de sûretés d'un montant total en capital de 2'960'000 fr. pour garantir le paiement du rappel d'impôt fédéral direct et des amendes pour les périodes fiscales 1995 à 2002, ainsi que de l'impôt fédéral direct pour les périodes fiscales 2003 à 2006.

Les deux demandes de sûretés font l'objet d'une procédure de recours devant la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal.

b) Le 5 décembre 2008, sur requête de la Commune de K._____, de l'Etat de Vaud et de la Confédération suisse, l'autorité fiscale a adressé à l'Office des poursuites du district de Morges deux ordonnances de séquestre en prestation de sûretés sous nos 3197666 et 3197667 contre F._____ pour les montants correspondant aux sûretés requises, à savoir un total de 8'430'000 francs.

c) Le 8 décembre 2008, une restriction du droit d'aliéner la parcelle n° [...] a été inscrite au registre foncier de la Commune de K._____, sur requête des demandeurs, afin de garantir les séquestres précités.

d) Le 4 mai 2009, F._____ et B._____ ont renouvelé le contrat n° 5688 d'hypothèque à taux fixe.

Le même jour, elles ont conclu un contrat complémentaire n° 48382 d'hypothèque à taux variable d'un montant de 1'532'000 francs. Ce crédit complémentaire était garanti par la cédule hypothécaire n° 275429.

e) Le séquestre a été exécuté le 18 janvier 2010 par l'Office des poursuites de Morges et les procès-verbaux de séquestre nos 3197666 et 3197667 ont été établis le 12 février 2010.

L'office des poursuites a avisé la banque le 6 décembre 2011 de la saisie et de la restriction du droit d'aliéner.

f) Par pli du 24 mai 2013 de B._____, les contrats d'hypothèque nos 5688 et 48382 ont été renouvelés et convertis en un seul contrat d'hypothèque à taux variable n° 464443 d'un montant de 3'132'000 fr., garanti par la cédule hypothécaire n° 275429.

4. Dans le cadre des poursuites dirigées à l'encontre de F._____, l'Office des poursuites de l'Ouest lausannois a, par publication du 31 janvier 2014 dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud, annoncé la vente aux enchères publiques, à la demande des créanciers

saisissants, de l'immeuble sis sur la parcelle n° [...] de la Commune de K._____ et a invité les créanciers à produire leurs droits sur l'immeuble dans un délai échéant le 20 février 2014.

5. Par courrier du 7 février 2014, B._____ a dénoncé auprès de F._____ l'hypothèque à taux variable prévue dans le contrat n° 464443 avec effet au 12 février 2014. Elle a ensuite, le 13 février 2014, produit à l'Office des poursuites de l'Ouest lausannois les créances échues garanties par son droit de gage envers F._____ en y joignant l'original de la cédule hypothécaire n° 275429.

6. a) L'état des charges relatif à l'immeuble sis sur la parcelle n° [...] de la Commune de K._____, établi le 3 mars 2014, a été communiqué aux créanciers par courrier du même jour. Il se présente comme suit :

[...]

b) Par courrier recommandé du 14 mars 2014, l'Administration cantonale des impôts, agissant pour le compte des demandeurs, a contesté la collocation n° 2 de l'état des charges auprès de l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois.

Par pli recommandé du 17 mars 2014, l'Office des poursuites a imparti à l'Administration cantonale des impôts un délai de vingt jours échéant le 7 avril 2014 pour ouvrir action en contestation de l'état des charges.

Par courrier du 7 avril 2014 à B._____, puis par publication dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce le 11 avril 2014, l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois a annoncé que la vente aux enchères de l'immeuble appartenant à F._____ était annulée en raison de la contestation de l'état des charges et de l'ouverture d'action effectuée par l'Administration cantonale des impôts.

Par correspondance du 15 avril 2014, l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois a retourné à B._____ l'original de la cédula hypothécaire n° 275429.

7. a) Par demande déposée le 4 avril 2014 à la Chambre patrimoniale cantonale, la Confédération suisse, l'Etat de Vaud et la Commune de K._____ ont conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que l'état des charges de l'immeuble parcelle RF n° [...] de la Commune de K._____ établi le 3 mars 2014 par l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois soit modifié en ce sens que, principalement, la collocation n° 5 (Créanciers n°s 5320224 et 5320225 de la série n° 1) prime la production de la défenderesse B._____ (EC n° 2) et ne soit primée que par les collocations n°s 1, 3 et 4, subsidiairement, que la production de la défenderesse B._____ (EC n° 2) soit réduite dans une mesure qui serait précisée en cours d'instance et, plus subsidiairement encore, que la collocation n° 5 (Créanciers n°s 5320224 et 5320225 de la série n° 1) prime une partie de la production de la défenderesse B._____ (EC n° 2) selon précisions données en cours d'instance.

Dans sa réponse du 30 septembre 2014, B._____ a conclu au rejet des conclusions prises par les demandeurs et à la confirmation de l'état des charges établi le 3 mars 2014.

Le 27 octobre 2014, les demandeurs se sont déterminés sur la réponse.

b) Par acte du 14 novembre 2014, B._____ a cédé à X._____ sa créance à l'encontre de F._____. A ce titre, X._____ a été inscrite, à sa demande, le 14 avril 2015, en qualité de créancière hypothécaire titulaire de la cédula hypothécaire sur papier au porteur n° 275429 auprès de l'Office du registre foncier du district de Lausanne-Ouest lausannois.

Le 27 novembre 2014, X._____ a accepté la reprise du procès en qualité de défenderesse. En conséquence, par prononcé du

30 décembre 2014, soit à une date antérieure à l'audience de premières plaidoires, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a constaté que X._____ s'était substituée en qualité de défenderesse à B._____.

c) Ayant renoncé à la tenue d'une audience de plaidoires finales, les parties ont chacune déposé un mémoire le 3 juillet 2015.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

1.2 En l'espèce, formé en temps utile, compte tenu des fêtes de Pâques (cf. art. 145 al. 1 let. a CPC), par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

1.3 La partie adverse peut former un appel joint dans sa réponse, qui doit être déposée dans un délai de trente jours (art. 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC). L'appel joint n'est jamais soumis à des exigences quant à la valeur litigieuse (Jeandin, CPC Commenté, 2011, n. 6 ad art. 313 CPC).

L'appel joint formé par les intimés dans le délai imparti pour le dépôt de leur réponse est également recevable.

2.

2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf.).

2.2 Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 6 ad art. 317 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JdT 2011 III 43 et les réf. citées). A cet égard, on distingue vrais et faux novas. Les vrais novas sont des faits ou moyens de preuve qui ne sont nés qu'après la fin de l'audience de débats principaux de première instance. Ils sont recevables en appel lorsqu'ils sont invoqués sans retard après leur découverte. Les faux novas sont des faits ou moyens de preuve nouveaux qui existaient déjà lors de l'audience de débats principaux. Leur recevabilité en appel est exclue s'ils avaient pu être invoqués en première instance en faisant preuve de la diligence requise (Colombini, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise relative à l'appel et au recours en matière civile, in JdT 2013 III 131 ss, n. 40 p. 150 et les réf. citées).

X._____ a produit deux nouvelles pièces, soit un acte de vente relatif à la parcelle n° [...] daté du 1^{er} mars 1996 et un acte de novation de cédule hypothécaire du même jour. Elle fait valoir que c'est uniquement par prononcé du 30 décembre 2014, qui lui a été notifié le 5 janvier 2015, qu'elle est formellement intervenue au procès, soit trois

jours avant l'audience de premières plaidoiries. Dans ce bref délai, il lui était impossible de produire ces documents.

Cet argument tombe à faux. En effet, rien n'empêchait l'appelante, en invoquant l'art. 229 CPC, de produire ces documents en première instance, même après l'audience de premières plaidoiries. Les conditions de l'art. 317 CPC n'étant ainsi pas réalisées, ces pièces nouvelles sont irrecevables.

Appel de X.

3.

3.1 L'appelante soutient en substance que les premiers juges auraient erré en considérant que la date déterminante pour juger du rang des créances dans l'état de collocation n'est pas celle de l'inscription de la cédule hypothécaire, mais celle de la conclusion des contrats d'hypothèque.

3.2 Les droits de gage immobiliers sont constitués par leur inscription au registre foncier, sauf exceptions prévues par la loi (droits de gage légaux directs ou jugement constitutif) non pertinentes en l'occurrence (art. 799 al. 1 CC ; Steinauer, Les droits réels, tome III, 4^e éd., Berne 2012, nn. 2686 ss). Selon l'art. 972 al. 1 CC, les droits réels naissent, prennent leur rang et reçoivent leur date par l'inscription dans le grand livre (art. 972 al. 1 CC) ; leur effet remonte à la date de l'inscription au journal (art. 972 al. 2 CC). Il en résulte, d'une part, que l'inscription au registre foncier est constitutive (Steinauer, op. cit., n. 2700) et, d'autre part, que les droits réels limités prennent rang en principe selon leur priorité dans le temps (Steinauer, op. cit., tome II, 4^e éd., Berne 2012, n. 2148). Ce principe souffre toutefois une - importante - exception en matière immobilière : selon les art. 813 ss CC, le rang des droits de gage immobiliers n'est en effet pas lié à la date de leur constitution, mais à la « case hypothécaire » que leur assigne l'inscription. Il est ainsi possible de constituer des droits de gage en deuxième rang ou en rang quelconque

même s'il n'existe pas encore de droit de gage en premier rang ou en rang antérieur. La ou les cases ainsi laissées libres peuvent être occupées ultérieurement, de sorte qu'un droit de gage constitué antérieurement peut, en dérogation au principe de priorité dans le temps, être primé par un droit de gage constitué postérieurement (Steinauer, op. cit., tome II, n. 2158).

Le système des cases hypothécaires fixes instauré à l'art. 813 CC s'applique aux droits de gage immobiliers constitués de manière volontaire, comme dans le cas d'espèce. Le rang du droit de gage est alors déterminé par le contrat de gage immobilier ou, si le droit de gage repose sur une décision unilatérale du propriétaire, par la réquisition d'inscription au registre foncier. Si (ce qui est exceptionnel en pratique) le rang du droit de gage n'est précisé ni par l'acte constitutif, ni par la réquisition, il est déterminé par la date de la constitution du droit, conformément à la règle générale de l'art. 972 al. 1 CC (Steinauer, op. cit., tome III, n. 2762 ; Kamerzin, Le contrat constitutif de cédula hypothécaire, thèse Fribourg 2003, p. 287 et les réf. cit.). Sous réserve de quelques exceptions, le rang d'un droit de gage est fixe. Rien n'empêche cependant les parties de le modifier conventionnellement, en vue de l'améliorer (antéposition) ou de le faire reculer (postposition) (Steinauer, op. cit., tome III, n. 2763). Il résulte du système des cases hypothécaires fixes que le propriétaire peut se réserver un rang préférable, en prévoyant la constitution d'un droit de gage en rang postérieur et en indiquant le montant par lequel ce droit de gage - postérieur - est primé (art. 813 al. 2 CC) ; la valeur de cette « case libre » ou « case réservée » doit figurer dans l'inscription au registre foncier (Steinauer, op. cit., tome III, n. 2766). Par la suite, le propriétaire peut utiliser la case libre pour constituer, dans les limites de la somme inscrite, un droit de gage qui primera les droits créés antérieurement. Le droit de gage qui vient occuper une case libre a aussi la priorité sur les servitudes et les charges foncières constituées postérieurement à l'inscription de la réserve de rang ; il l'emporte également sur les droits personnels annotés postérieurement (Steinauer, op. cit., tome III, n. 2766a et réf. cit. sous notes infrapaginales n^{os} 29 et 30).

Pour autant, la case libre n'est pas une valeur saisissable : elle est une réserve de rang, non un droit de gage (Steinauer, op. cit., tome III, n. 2766c). Aux cases libres, l'art. 815 CC assimile les cédulas hypothécaires qui, au moment de la réalisation du gage, sont au nom du propriétaire ou sont au porteur et se trouvent en mains du propriétaire (soit qu'il ne les a pas encore utilisées, soit qu'il les a récupérées conformément à l'art. 853 CC). Il n'est alors pas tenu compte de ces cédulas - qui, à l'instar des cases libres, ne figurent pas à l'état des charges (art. 35 et 68 al. 1 let. a ORFI) - et les créanciers postérieurs avancent selon leur rang (Steinauer, op. cit., tome III, n. 2778).

Le système de la publicité des droits réels limités sur un immeuble résultant du registre foncier, même lorsque leur titulaire est le propriétaire de l'immeuble, autorise que ce dernier puisse constituer ou conserver des droits réels limités sur cet immeuble. Cette possibilité vaut autant pour les servitudes que pour les droits de gage (Steinauer, op. cit., tome II, n. 2167). Dans plusieurs hypothèses (cf. Steinauer, op. cit., tome II, nn. 2176 à 2178a), les rôles de propriétaire et de créancier gagiste sont réunis dans une même personne, mais aussi les rôles de créancier gagiste et de débiteur, ce qui soulève une difficulté liée à la figure de la confusion (art. 118 CO) et au caractère accessoire du droit de gage (art. 114 al. 1 CO). Pour surmonter cette difficulté, plusieurs théories ont cours. Dans divers arrêts - tous relatifs à l'application de l'art. 169 CC (soit la restriction des droits dont dépend le logement de la famille) -, le Tribunal fédéral a jugé que la créance garantie par hypothèque, incorporée dans l'obligation hypothécaire ou dans la cédula, n'a qu'une existence formelle tant que le propriétaire de l'immeuble n'en a pas disposé (ATF 93 II 82 ; TF 5P.99/2005 du 6 juin 2005 consid. 3.1; TF 5P.413/2005 du 7 février 2006 consid. 2.3; TF 5A_695/2008 du 27 novembre 2008 consid. 4.1; TF 5A_169/2010 du 23 août 2010 consid. 2.3). Ainsi, selon la conception suivie par le Tribunal fédéral, la créance garantie ne prend pas naissance par la création de la cédula hypothécaire, mais seulement au moment de sa remise à un tiers, ne fût-ce qu'à titre de gage (Steinauer, op. cit., tome II, nn. 2179-2180 et les réf. cit., en particulier l'ATF 107 III 128, 134, JdT 1984 II 2, 8). Dans l'intervalle,

le droit de gage n'a qu'une existence formelle, latente (Steinauer, op. cit., tome II, n. 2179) et produira ses effets ordinaires dès que les qualités de créancier et de propriétaire seront dissociées (Steinauer, op. cit., tome II, n. 2183).

3.3 En l'espèce, les premiers juges ont considéré que la cédule n° 275429 avait été inscrite au registre foncier le 11 mars 1996. Toutefois, à cette date, la cédule était détenue par le propriétaire, de sorte que ce n'était que lors de la conclusion des contrats d'hypothèque des 24 avril 2006 et 4 mai 2009 que la cédule avait acquis une portée pratique. Par conséquent, c'étaient ces dates qui faisaient foi pour la détermination du rang des créances. Les premiers juges ont en outre relevé que le fait que la cédule n° 275429 portait la mention « en premier rang » ne la rendait pas prioritaire dès lors qu'il n'était pas possible de porter préjudice aux droits des créanciers déjà inscrits. En conséquence, l'hypothèque de 1'600'000 fr. datant du 24 avril 2006, elle primait la restriction du droit d'aliéner du 8 décembre 2008. En revanche, l'hypothèque de 1'532'000 fr. datant du 4 mai 2009, elle était postérieure à la restriction du droit d'aliéner en rang.

Les intimés invoquent la même argumentation que les premiers juges.

Quant à l'appelante, elle soutient que ce n'est pas la date d'inscription ou de constitution du gage immobilier qui déterminerait son rang, mais la date de la case hypothécaire dans laquelle il se loge. Elle allègue ensuite que ce ne sont pas les dates des signatures des contrats d'hypothèque qui seraient déterminantes, mais la date à laquelle la cédule est parvenue en mains d'un tiers autre que l'appelante, soit le 12 août 1996 au plus tard (appel, p. 9).

Il convient tout d'abord de relever que les parties ont clairement convenu, lors de la constitution de la cédule, qu'elle serait en 1^{er} rang. Or, selon la doctrine unanime, ce n'est que lorsque les parties n'ont rien prévu s'agissant du rang (ce qui demeure une exception) qu'il

est déterminé par la règle de l'art. 972 al. 1 CC. Ce n'est précisément pas le cas en l'espèce.

Il s'agit ensuite de déterminer le rang de cette cédule, inscrite le 11 mars 1996, par rapport aux autres droits réels grevant l'immeuble, en particulier par rapport au droit de restriction d'aliéner inscrit le 8 décembre 2008.

A cet égard, le raisonnement de l'appelante est pertinent et convaincant. Il ressort en effet de la jurisprudence précitée que ce n'est qu'au moment où la cédule hypothécaire tombe aux mains d'un tiers que se dissocient d'un côté la qualité de créancier et celle de débiteur et d'un autre côté la propriété et le droit de gage immobilier, et que la créance hypothécaire peut réellement prendre naissance. Cela implique, comme le plaide l'appelante, que la créance garantie par la cédule hypothécaire ne prend naissance, et donc rang sur le plan des droits réels, que lors de la remise du titre à un tiers. Or, en l'occurrence, il est admis que si la cédule hypothécaire litigieuse est demeurée dans un premier temps en mains de la propriétaire de l'immeuble F._____, elle a été transmise le 14 mai 1999 à J._____, puis le 12 avril 2006 à B._____ lorsque cette dernière a remplacé J._____ en qualité de prêteuse. Il s'ensuit que le droit de gage immobilier est né dans tous les cas avant la restriction du droit d'aliéner inscrite le 8 décembre 2008, de sorte qu'il prime celle-ci et que les intimés ne peuvent pas échapper à cette conséquence en plaidant que F._____ avait remis à B._____ la cédule hypothécaire en avril 2006 à titre fiduciaire alors que pour les nouveaux contrats de prêt conclus le 4 mai 2009 elle lui aurait remis la cédule en nantissement (appel joint, p. 13) (cf. ATF 107 III 128, 133, déj. cit.).

Dès lors, c'est à tort que les premiers juges ont retenu que c'était la date de la conclusion des contrats d'hypothèque qui faisait foi pour la détermination du rang des créances et que l'hypothèque de 1'532'000 fr. du 4 mai 2009 était postérieure à la restriction du droit d'aliéner en date et en rang.

Partant, le grief de l'appelante est bien fondé et son appel doit être admis.

Appel joint de la Confédération suisse, l'Etat de Vaud et la Commune de K. _____

4.

4.1 Outre l'argument, sans pertinence (consid. 3.3 *supra*), selon lequel F. _____ aurait remis à B. _____ la cédule hypothécaire en avril 2006 à titre fiduciaire alors que pour les nouveaux contrats de prêt conclus le 4 mai 2009 elle lui aurait remis la cédule en nantissement, les appelants par voie de jonction invoquent une violation de l'art. 96 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 ; RS 281.1). En particulier, ils exposent au préalable que les premiers juges auraient considéré à tort que le grief de la nullité des contrats de prêt hypothécaire n'avait pas à être examiné au motif qu'aucune conclusion constatatoire n'avait été prise en ce sens (appel joint p. 15).

4.2 Les premiers juges ont retenu ce qui suit : « *Par ailleurs, les demandeurs font valoir que la reconduction du contrat no 5688 et la conclusion du nouveau contrat 48382 étant intervenues postérieurement à l'inscription de la restriction du droit d'aliéner, ces contrats devraient être nuls. Toutefois, dès lors que les demandeurs ne concluent pas expressément à l'annulation de ces contrats ou à la constatation de leur nullité, cette question ne sera pas examinée, le juge ne pouvant statuer ultra petita* » (jugt, p. 14).

Il convient donc d'examiner en premier lieu si le grief de nullité pouvait être examiné par les premiers juges à défaut de conclusions en ce sens. A cet égard, les appelants par voie de jonction font valoir que la question de la nullité serait une question préjudicielle et non pas un moyen de portée indépendante.

Si l'on peut concevoir une demande visant à faire constater la nullité d'un contrat ou son caractère non obligatoire, l'intérêt peut en revanche faire défaut lorsque cette constatation est simplement destinée à servir de base à une demande ultérieure en paiement de créances alors déjà exigibles (Bohnet, CPC commenté, op. cit., n. 11 ad art 88 CPC). La demande en constat est subsidiaire à une action condamnatoire (Bohnet, op. cit., n. 13 ad art. 88 CPC).

La doctrine considère qu'une action en constatation de la nullité ou en annulation de contrat est admissible (Bessenich/Bopp *in* Sutter-Somm *et alii*, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3^e éd, Zurich 2016, n. 15 ad art. 88 CPC ; Weber *in* Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., 2013, n. 11 ad art. 90 CPC).

4.3 En l'espèce, la question n'est pas de savoir si l'action en constatation est admissible, mais si une conclusion en constatation était nécessaire pour que les premiers juges puissent trancher cette question. Certes, une telle conclusion est admissible - voire nécessaire - dans le cadre d'une action en seule constatation, mais les conclusions constatatoires sont subsidiaires aux conclusions condamnatoires, de sorte que les appelants par voie de jonction n'étaient pas dans l'obligation procédurale de prendre une telle conclusion afin que ce grief soit examiné.

Il convient donc d'entrer en matière sur le grief des appelants par voie de jonction relatif à la nullité des contrats.

4.4

4.4.1 A cet égard, les appelants par voie de jonction font valoir que les actes conclus entre F._____ et B._____ les 4 mai 2009 et 24 mai 2013 seraient nuls ou ne pourraient être opposés aux créanciers poursuivants dans la mesure où ils lèsent les droits de ces derniers.

4.4.2

4.4.2.1 L'art. 96 al. 1 LP fait interdiction au débiteur, sous la menace des peines prévues par la loi (art. 169 CP), de disposer des biens saisis

sans la permission du préposé, biens qui, pour certains, peuvent être laissés provisoirement entre les mains du débiteur, à charge de les représenter en tout temps (art. 98 al. 2 LP). A partir du moment où il a été dûment informé de l'interdiction de disposer des biens saisis, le débiteur ne peut plus en disposer ni juridiquement, ni matériellement (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1999, n. 9 ss ad art. 96 LP; de Gottrau, *in* Commentaire romand de la LP, n. 4 ad art. 96 LP; sur le moment de la saisie : cf. TF 7B.13/1998 du 4 mars 1998 consid. 2; BISchK 1999 103; ATF 110 III 57 consid. 2 p. 59).

On distingue la créance abstraite (ou créance cédulaire) garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédule hypothécaire, et la créance causale (ou créance garantie ou encore créance de base) résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt, pour laquelle la cédule a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. La créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire et garantie par le gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier; la créance causale doit faire l'objet d'une poursuite ordinaire (ATF 136 III 288 consid. 3.1 et les arrêts cités ; ATF 140 III 80 consid. 5.1.1).

Pour les cédules hypothécaires, le droit de gage immobilier peut avoir et conserver une existence même si la créance garantie n'existe pas encore ou n'existe plus. L'inscription d'un droit de gage au registre foncier ne signifie donc pas que la dette garantie existe (Steinauer, *op. cit.*, tome II, n. 2641a).

4.4.2.2 L'annotation au registre foncier est une opération qui confère à un rapport juridique des effets apparentés à ceux des droits réels ou qui constate que de tels effets existent (Schmid/Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, 4^e éd., 2012, n° 470; Steinauer, *op. cit.*, tome I, 5^e éd., 2012, n. 765; spéc. au sujet de la restriction du droit d'aliéner : cf. ATF 104 II 170 consid. 5). Elle est instituée aux art. 959 à 961a CC. Il en ressort qu'elle peut avoir pour objet des droits personnels (art. 959 CC), des restrictions du droit d'aliéner (art. 960 CC), notamment celle résultant d'une saisie

(art. 960 al. 1 ch. 2 CC ; ATF 130 III 669 consid. 5.1), et des inscriptions provisoires (art. 961 CC). L'annotation d'une restriction du droit de disposer au sens de l'art. 101 LP rend inopposable aux créanciers saisissants tout droit postérieurement acquis par un tiers sur le bien qui fait l'objet de cette mesure (ATF 130 III 669 consid. 5.1; TF 7B.186/2001 du 8 octobre 2001 consid. 5). Il s'agit de l'effet typique des annotations. En revanche, elle ne produit pas, contrairement à celles consacrées à l'art. 959 CC, l'effet de rattachement, soit celui qui impose à l'acquéreur de reprendre le rapport juridique qui fait l'objet de l'annotation (Piotet, *Les effets typiques des annotations au registre foncier*, in RNR 1969 II pp. 34 ss [69 ss]; Schmid, in *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB*, 5^e éd., 2015, n. 5 ad art. 959 CC; Schmid/Hürlimann-Kaup, op. cit., n° 472 et 478; Steinauer, op. cit., tome I, nn. 795, 809 et 812 ss ; TF 5A_395/2014 du 21 juillet 2014 consid. 4.1.1).

4.4.2.3 Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier est maintenu dans son acquisition (art. 973 CC). La bonne foi, qui doit exister au moment de l'acquisition, est présumée (art. 3 al. 1 CC), mais sa protection n'est toutefois pas absolue : alors même qu'il est en réalité de bonne foi, l'acquéreur ne peut pas invoquer la protection légale qui y est attachée s'il n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui (art. 3 al. 2 CC; cf. ATF 137 III 145 consid. 3.3.2 ; ATF 137 III 153 consid. 4.1.2 ; ATF 127 III 440 consid. 2c ; TF 5C.71/2006 du 19 juillet 2006 consid. 2.3.1). Lorsque l'acquéreur a ainsi connaissance de faits propres à faire douter de l'exactitude du registre foncier, il doit s'enquérir plus avant (ATF 137 III 145 consid. 3.3.2 ; ATF 137 III 153 consid. 4.1.2 et la jurisprudence citée ; TF 5A_431/2011 du 2 novembre 2011 consid. 4.2.2). La mesure de cette vigilance particulière constitue une question de droit, soumise au pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC; ATF 137 III 145 consid. 3.3.2 ; ATF 137 III 153 consid. 4.1.2 ; TF 5A_247/2015 du 8 décembre 2015 consid. 4.1.3).

4.4.3 En l'espèce, le 5 décembre 2008, sur requête des appelants par voie de jonction, l'autorité fiscale a adressé à l'Office des poursuites

du district de Morges deux ordonnances de séquestre en prestation de sûretés sous n^{os} 3197666 et 3197667 contre F._____ pour les montants correspondant aux sûretés requises, à savoir un total de 8'430'000 francs. Le 8 décembre 2008, une restriction du droit d'aliéner la parcelle n° [...] a été inscrite au registre foncier de la Commune de K._____, sur requête des appelants par voie de jonction, afin de garantir les séquestres précités. Le séquestre a été exécuté le 18 janvier 2010.

Les appelants par voie de jonction exposent que la conclusion d'un nouveau contrat d'hypothèque n° 5688 à taux fixe pour un montant de 1'600'000 fr. le 4 mai 2009 ainsi que la conclusion d'un nouveau crédit hypothécaire à taux variable de 1'532'000 fr. le même jour violeraient l'art. 96 LP. En conséquence, ces contrats, qui devraient être déclarés nuls, ne pourraient leur être opposés.

Il ressort des faits ce qui suit :

- Par contrat du 24 avril 2006 conclu entre B._____ et F._____, les parties ont convenu d'un taux fixe de 3% pour 1'600'000 fr. pendant toute la durée du contrat, soit du 20 mars 2006 au 20 mars 2011, la date d'expiration étant prévue au 20 mars 2011 et l'hypothèque restant sans amortissement jusqu'au 31 mars 2009.

- Ce même 24 avril 2006, les parties ont signé une convention par laquelle B._____ a acquis par cession fiduciaire la cédule hypothécaire au porteur de 1^{er} rang n° 275429 au titre de sûreté pour toutes les créances de la banque à l'encontre de F._____.

- Par contrat du 4 mai 2009 n° 5688, les mêmes parties ont renouvelé le contrat du 24 avril 2006, aux mêmes conditions et garanti par la même cédule.

- Par contrat du 4 mai 2009 n° 48382, les parties ont conclu un contrat pour 1'532'000 fr. à taux variable, garanti par la même cédule.

- L'office des poursuites a avisé la banque le 6 décembre 2011 de la saisie et de la restriction du droit d'aliéner.

- Par pli du 24 mai 2013, les contrats n^{os} 5688 et 48382 ont été renouvelés et convertis en un seul contrat d'hypothèque à taux variable n° 464443 d'un montant de 3'132'000 fr., garanti par la même cédule.

Au vu de ce qui précède, il faut en premier lieu retenir que contrairement à ce que soutiennent les appelants par voie de jonction, le contrat du 4 mai 2009 n° 5688 ne peut en aucun cas être considéré comme un acte de disposition conclu en violation de l'art. 96 LP, dès lors qu'il s'agit d'un acte qui reconduit un prêt préexistant à la restriction du droit d'aliéner, aux mêmes conditions, étant rappelé que l'on parle ici du contrat de prêt et non pas de la cédule, qui demeure identique (soit 3'132'000 fr.).

Quant au contrat n° 48382 portant sur la nouvelle hypothèque de 1'532'000 fr., il n'a pas non plus été conclu en violation de l'art. 96 LP. En effet, la banque a acquis la cédule de bonne foi en 2006. A cette époque, il n'y avait aucune restriction d'aliéner inscrite au registre foncier. Or, ce qui est particulier dans le cas d'espèce, c'est que la cédule n'a ni été augmentée, ni transférée. Dans la mesure où la banque détenait la cédule de bonne foi depuis 2006, on ne peut lui reprocher de ne pas avoir vérifié si une inscription au registre foncier avait eu lieu postérieurement. La situation aurait été différente si la cédule avait été transférée postérieurement à l'inscription ; dans ce cas, il faudrait retenir qu'il incombe au nouveau possesseur de la cédule de vérifier l'état du registre foncier. En revanche, dans le cas d'espèce, la cédule était déjà en mains de la banque. Or, celle-ci a été avertie de la restriction du droit d'aliéner le 6 décembre 2011, soit postérieurement aux contrats.

Le contrat du 24 mai 2013 ne peut pas non plus être considéré comme un acte de disposition conclu en violation de l'art. 96 LP, puisqu'il s'agit d'un acte qui renouvelle et convertit les contrats n^{os} 5688 et 48382 en un seul contrat d'hypothèque, garanti par la même cédule.

Mal fondé, le moyen tiré de la nullité des contrats de prêt hypothécaire doit donc être rejeté et, avec lui, l'appel joint.

5.

5.1 Il résulte de ce qui précède que l'appel de X. _____ doit être admis et l'appel joint de la Confédération suisse, de l'Etat de Vaud et de la Commune de K. _____ rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC.

Il sera statué à nouveau en ce sens que la demande de la Confédération suisse, de l'Etat de Vaud et de la Commune de K. _____ du 4 avril 2014 est rejetée et que l'état des charges de l'immeuble parcelle RF n° [...] de la Commune de K. _____ établi le 3 mars 2014 par l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois est confirmé.

Dès lors que la défenderesse obtient entièrement gain de cause, les frais judiciaires de première instance, par 46'250 fr., doivent être mis à la charge des demandeurs (art. 106 al. 1 CPC). La défenderesse a également droit à des dépens pour la procédure de première instance, arrêtés à 10'000 fr. (art. 4 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]).

5.2 Les frais judiciaires de deuxième instance, par 33'320 fr. [16'320 fr. pour l'appel + 17'000 fr. pour l'appel joint] (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge des intimés Confédération suisse, Etat de Vaud et Commune de K. _____, solidairement entre eux (art. 106 al. 1 et 3 CPC). Ceux-ci, solidairement entre eux, restitueront à l'appelante X. _____ l'avance de frais de 16'320 fr. payée par cette dernière (art. 111 al. 2 CPC)

Obtenant gain de cause, l'appelante X. _____ a en outre droit à des dépens pour la procédure d'appel, fixés à 10'000 fr. (art. 7 al. 1 TDC).

Les intimés Confédération suisse, Etat de Vaud et Commune de K._____, solidairement entre eux, verseront ainsi à l'appelante X._____ la somme de 26'320 fr. (10'000 fr. + 16'320 fr.) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance (art. 111 al. 2 CPC).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I. L'appel de X._____ est admis.
- II. L'appel joint de la Confédération suisse, de l'Etat de Vaud et de la Commune de K._____ est rejeté.
- III. Il est statué à nouveau comme suit :
 - I. La demande de la Confédération suisse, de l'Etat de Vaud et de la Commune de K._____ du 4 avril 2014 est rejetée.
 - II. L'état des charges de l'immeuble parcelle RF n° [...] de la Commune de K._____ établi le 3 mars 2014 par l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois est confirmé.
 - III. Les frais judiciaires, arrêtés à 46'250 fr. (quarante-six mille deux cent cinquante francs), sont mis à la charge de la Confédération suisse, de l'Etat de Vaud et de la Commune de K._____, solidairement entre eux.
 - IV. La Confédération suisse, l'Etat de Vaud et la Commune de K._____, solidairement entre eux, doivent verser la somme de 10'000 fr. (dix mille francs) à X._____ à titre de dépens.
 - V. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.
- IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 33'320 fr. (trente-trois mille trois cent vingt francs), sont mis à la charge des intimés Confédération suisse, Etat de Vaud et Commune de K._____, solidairement entre eux.

V. Les intimés Confédération suisse, Etat de Vaud et Commune de K._____, solidairement entre eux, doivent verser à l'appelante X._____ la somme de 26'320 fr. (vingt-six mille trois cent vingt francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

VI. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 12 octobre 2016

Le dispositif du présent arrêt est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à :

- Me Claudio Venturelli (pour X._____),
- Administration cantonale des impôts (pour la Confédération suisse, l'Etat de Vaud et la Commune de K._____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Chambre patrimoniale cantonale.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :