

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 8 août 2014

Présidence de M. SAUTEREL, président
Juges : Mmes Byrde et Rouleau
Greffier : Mme van Ouwenaller

Art. 190 al. 1 ch. 2 LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites et de faillite, s'occupe du recours exercé par **D._____**, à Vevey, contre le jugement rendu le 1^{er} mai 2014, à la suite de l'audience du 24 avril 2014, par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, dans la cause l'opposant à **S._____**, à Montreux.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Par acte du 31 mars 2014, S._____ a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois qu'il prononce la faillite sans poursuite préalable d'D._____. A l'appui de sa requête, il a notamment produit :

- un extrait du Registre du commerce concernant l'entreprise individuelle [...], D._____, dont le but est l'exploitation d'un café-restaurant ;

- une convention de sous-location du 16 novembre 2007 aux termes de laquelle S._____ sous-loue à D._____ les locaux du bar à café [...], aux conditions du bail principal ;

- une "convention de gérance libre" du 16 novembre 2007, par laquelle S._____ met à disposition d'D._____ le mobilier d'exploitation du bar à café moyennant une redevance annuelle de 20'000 fr. payable chaque 15 du mois par onze mensualités de 1'650 fr. et une mensualité de 1'850 francs. Cette convention prévoit le versement, le jour de la signature, d'un montant de 20'000 fr. à titre de garantie ;

- une ordonnance rendue le 21 février 2014 par le Juge de paix du district de la Riviera - Pays-d'Enhaut, déclarant irrecevable une requête d'expulsion formée par S._____ à l'encontre d'D._____ ;

- le procès-verbal de l'audience tenue le 5 février 2014 par le juge de paix dans la cause précitée ;

- une lettre adressée le 4 mars 2014 par le représentant de S._____ à D._____, lui impartissant un délai de soixante jours pour payer les loyers des mois de septembre 2013 à mars 2014, soit sept fois 3'437 fr., les mensualités de redevance des mois de septembre 2013 à février 2014, soit cinq fois 1'650 fr. et une fois 1'850 francs, dont à déduire une créance

en dépens de 756 fr. découlant de la décision du 21 février 2014, à défaut de quoi le bail pourrait être résilié ;

- deux réquisitions de poursuite du 4 mars 2014 pour les montants précités ;

- un extrait des registres 8a LP au 5 mars 2014 concernant D._____, faisant état de quatorze poursuites ouvertes entre le 21 août 2013 et le 21 février 2014; six de ces poursuites ont fait l'objet d'actes de défaut de biens pour un total de 18'643 francs 60; parmi les autres, d'un montant total de 11'559 fr. 10, une a été payée, deux ont fait l'objet d'une saisie infructueuse, une est au stade de la commination de faillite notifiée et quatre sont au stade du commandement de payer, dont trois sans opposition ;

- une lettre adressée le 6 mars 2014 par le représentant de S._____ à l'avocat d'D._____, proposant un entretien ;

- deux commandements de payer notifiés le 13 mars 2014 à la suite des réquisitions de poursuite susmentionnées, frappés d'opposition par le poursuivi ;

- un extrait des registres 8a LP concernant D._____ actualisé au 31 mars 2014, faisant état de seize poursuites ouvertes entre le 21 août 2013 et le 14 mars 2014; huit de ces poursuites ont fait l'objet d'actes de défaut de biens pour un total de 19'699 fr. 80; parmi les autres, d'un montant total de 45'551 fr. 35, une a été payée, trois ont fait l'objet d'une saisie infructueuse et quatre sont au stade du commandement de payer, dont une sans opposition.

Le 7 avril 2014, l'office des poursuites a produit :

- un extrait des registres 8a LP concernant D._____ actualisé au 4 avril 2014, dont il résulte que le montant des poursuites en cours a augmenté à 45'575 fr. 60 ;

- un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens, délivré le 19 mars 2014 à la Confédération suisse pour une créance de redevance de réception radio et télévision de 619 fr. 75; on y lit que le poursuivi a déclaré être "en déficit total" depuis l'année 2012, qu'il ne perçoit aucun revenu de l'exploitation de son commerce, et que toutes les recettes sont utilisées pour payer les charges privées et professionnelles.

Le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a tenu audience le 24 avril 2014. L'intimé a conclu au rejet de la requête. Il a produit les pièces suivantes :

- une quittance du 16 novembre 2007, relative au versement de la garantie de 20'000 francs prévue par la convention de gérance libre ;

- quelques éléments de comptabilité non signés relatifs au [...], soit : les chiffres d'affaires mensuels 2012, le bilan au 31 décembre 2012, et le compte d'exploitation 2012; selon ces documents, le chiffre d'affaires pour l'année 2012 s'élevait à 330'889 francs et le bénéfice de l'exercice à 18'565 francs.

De son côté, le requérant a encore produit les pièces suivantes :

- une lettre qu'il a adressée le 12 juillet 2013 à son sous-locataire, constatant "depuis quelques mois" un "retard réel" dans le paiement des loyers, celui du mois de juillet n'étant pas encore réglé ;

- une lettre adressée le 26 novembre 2013 par son représentant à la gérance du bailleur, lui rappelant que la sous-location avait été autorisée et lui exposant les démarches qu'il avait et entendait encore entreprendre contre le sous-locataire.

2. Par jugement du 1^{er} mai 2014, le Président du Tribunal d'arrondissement a admis la requête déposée par S. _____ (I), prononcé la faillite d'D. _____, le 29 avril 2014 à 15 heures, pour être traitée en la forme sommaire (II), et arrêté les frais de justice à la charge du failli à 300 fr. (III). Il a considéré en bref que l'intimé était en situation de cessation de paiement, qu'il rencontrait des difficultés depuis plus d'une année, qu'il n'était plus en mesure de faire face à ses dépenses essentielles telles que loyer, AVS, TVA, Billag, depuis de nombreux mois, qu'il affirmait avoir perdu sa clientèle parce que des échafaudages l'avaient empêché d'utiliser sa terrasse durant les mois d'octobre à décembre 2013, mais qu'il n'avait pas demandé une baisse du loyer, et avait déjà laissé impayés les loyers des mois de juillet et août 2013.

3. Par acte du 15 mai 2014, D. _____ a recouru contre cette décision, qui lui a été notifiée le 5 mai 2014, concluant principalement à l'annulation de la faillite, subsidiairement à la réforme du prononcé en ce sens que la requête de faillite sans poursuite préalable est rejetée, plus subsidiairement au renvoi de la cause au premier juge pour nouveau jugement. Il a produit un onglet de pièces sous bordereau, dont les pièces nouvelles suivantes :

- le contrat de bail à loyer commerciaux conclu le 27 novembre 2007 entre [...], bailleuse, et S. _____, locataire, portant sur la location d'un bar à café - tea-room à l'enseigne [...] pour un loyer mensuel brut de 3'500 francs ;

- un courrier adressé le 24 avril 2014 par l'avocat d'D. _____ au représentant de S. _____, invoquant en compensation de sa dette de loyer une créance en réduction dudit loyer et en dommages intérêts pour défaut de la chose louée, résultant du fait qu'il ne dispose plus de sa terrasse depuis le mois de septembre 2013 ;

- les chiffres d'affaires mensuels 2012, visés par une fiduciaire, soit:

| | |
|-------------|-------------|
| □ Janvier | 29'590.80 |
| □ Février | 30'384.60 |
| □ Mars | 30'565.90 |
| □ Avril | 30'575.90 |
| □ Mai | 30'630.40 |
| □ Juin | 30'490.70 |
| □ Juillet | 22'512.40 |
| □ Août | 24'015.10 |
| □ Septembre | 22'570.80 |
| □ Octobre | 27'580.90 |
| □ Novembre | 24'170.70 |
| □ Décembre | 23'810.40 |
| □ TOTAL | 326'898.60; |

- les tickets de caisse récapitulatifs des chiffres d'affaires mensuels 2013, à l'exception des mois de mars et juillet, indiquant les montants suivants:

| | |
|-------------|------------|
| □ Janvier | 24'309.80 |
| □ Février | 24'060.10 |
| □ Avril | 29'261.40 |
| □ Mai | 30'774.00 |
| □ Juin | 20'326.90 |
| □ Août | 20'180.30 |
| □ Septembre | 23'501.90 |
| □ Octobre | 13'843.00 |
| □ Novembre | 16'380.30 |
| □ Décembre | 10'872.60; |

- les tickets de caisse récapitulatifs des chiffres d'affaires des mois de janvier à avril 2014 indiquant les montants suivants:

| | |
|-----------|------------|
| □ Janvier | 16'341.40 |
| □ Février | 13'038.90 |
| □ Mars | 13'783.70 |
| □ Avril | 12'413.20; |

- un extrait du compte commercial du représentant de S. _____ mentionnant, le 18 septembre 2013, un virement de 13'024 fr. provenant d'ID. _____ avec la mention "loyer [...]".

Par prononcé du 23 mai 2014, le juge président la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif contenue dans le recours et ordonné, comme mesures conservatoires, l'inventaire et l'audition du failli.

Le même jour, un extrait des registres 8a LP au 19 mai 2014 a été adressé au recourant avec un délai de dix jours pour se déterminer s'il le souhaitait, au sujet de cette pièce. Il y figure dix poursuites en cours pour un total de 47'915 francs. Sept sont restées libres d'opposition, dont cinq émanent de caisses de compensation, une d'[...] et une de [...]. Trois sont frappées d'opposition : les deux de S. _____ et une de 6'883 fr. 40 de [...]. Douze actes de défaut de biens ont été délivrés pour un total de 24'548 fr. 70, sept à une caisse de compensation, trois à [...], et deux à la Confédération suisse (Billag et TVA).

Le recourant s'est déterminé par courrier du 26 mai 2014. Il a observé que les poursuites étaient récentes, que l'essentiel du montant concernait la créance contestée de l'intimé, et que les actes de défaut de biens concernaient des montants dus en faveur de la Caisse de compensation et de la TVA, poursuites auxquelles il n'avait pas fait opposition.

Le 27 mai 2014, l'intimé a contesté que les poursuites fussent si récentes. Il a produit un extrait des registres annoté à sa demande par le préposé de l'office des poursuites.

Par réponse du 4 juillet 2014, l'intimé S. _____ a conclu à la confirmation du prononcé entrepris. Il a également produit un onglet de pièces sous bordereau, parmi lesquelles les pièces suivantes :

- sous n° 101, l'inventaire des biens objet de la convention de gérance libre ;

- sous n° 103, l'extrait des registres 8a LP annoté par le préposé à la demande de S. _____ du 27 mai 2014 ;

- sous n° 104, une lettre adressée le 22 août 2013 par le représentant de S. _____ à D. _____, lui impartissant un délai de trente jours pour régler un total de 13'024 fr. comprenant les loyers impayés des mois de juillet et août 2013, les redevances impayées des mois de juin à août 2013, ainsi que la somme de 1'200 fr. correspondant à un retard sur redevances, le débiteur ayant payé, des années 2007 à 2012, une douzième mensualité d'un montant de 1'650 fr. au lieu de 1'850 francs.

En droit :

I. a) La faillite sans poursuite préalable d'un débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite peut être prononcée aux conditions fixées par l'art. 190 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889; RS 281.1). Selon l'art. 174 al. 1 LP, applicable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP à la faillite sans poursuite préalable, la décision du juge de la faillite peut faire l'objet d'un recours au sens du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 281.1), dans les dix jours.

Déposé le 15 mai 2014 à l'encontre d'un jugement reçu par le recourant le 5 mai 2014, le recours a été formé en temps utile. Il est en

autre suffisamment motivé, de sorte qu'il est recevable formellement (art. 321 al. 1 CPC).

b) Dans la procédure de recours contre une décision du juge de la faillite, selon l'art. 174 al. 1 in fine LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance (pseudo-nova). En vertu de l'art. 174 al. 2 LP, les pièces se rapportant à des faits intervenus depuis l'audience de faillite (vrais nova) peuvent être produites, pour autant qu'elles tendent à rendre vraisemblable la solvabilité du débiteur et à établir que celui-ci a payé sa dette en totalité (ch. 1) ou consigné les montants nécessaires auprès de l'autorité compétente (ch. 2) ou que le créancier a retiré sa réquisition de faillite (ch. 3). Seul le débiteur peut produire, dans le délai de recours, des titres pour établir les faits énumérés limitativement à l'art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP (CPF, 5 août 2013/310). Il s'ensuit que, pour juger de l'existence d'une suspension de paiement justifiant une faillite sans poursuite préalable, l'autorité judiciaire supérieure doit tenir compte des faits nouveaux (vrais nova) et donc de la situation financière du débiteur à l'échéance du délai de recours cantonal (ATF 136 III 294, c. 3 ; TF 5A_439/2010 c. 4). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé que cette jurisprudence demeurerait valable depuis le 1^{er} janvier 2011, date de l'entrée en vigueur de la LP révisée, et qu'il incombait donc toujours au débiteur de rendre vraisemblable sa solvabilité en déposant le recours et de produire à l'appui de celui-ci les pièces qui établissent les motifs d'annulation de la faillite au sens des chiffres 1 à 3 précités (ATF 139 III 491, c. 4). Il s'agit en outre d'examiner si les conditions de la déclaration de faillite étaient remplies à la date du jugement de première instance (TF 5A_711/2012 du 17 décembre 2012; Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 SchKG, in Festschrift Walder, p. 444).

En l'espèce, au vu de ce qui précède, seules les pièces nouvelles produites par le recourant et par l'intimé sous nos 101 et 104 sont recevables, les pièces nouvelles nos 102, 103 et 106 à 109 de l'intimé étant postérieures au jugement de première instance.

II. **a)** Le recours tend en premier lieu à l'annulation de la décision de faillite en application de l'art. 174 al. 2 LP. Le recourant soutient que la dette a été payée par compensation, invoquée par courrier du 24 avril 2014.

b) Selon l'art. 174 al. 2 ch. 1 LP, l'autorité de recours peut annuler le jugement de faillite lorsque le débiteur rend vraisemblable sa solvabilité et qu'il établit par titre que la dette, intérêt et frais compris, a été payée.

Le degré de preuve requis est la certitude ; la notion de titre probant est la même qu'aux art. 81 et 172 ch. 3 LP (Gilliéron, Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 48 ad art. 174 LP). Dans le cadre d'une procédure de mainlevée définitive, le poursuivi peut établir sa libération par compensation. Un tel moyen ne peut toutefois être retenu que si la créance compensante résulte elle-même d'un titre exécutoire ou qu'elle est admise sans réserve par le poursuivant (ATF 136 III 624 c. 4.2.1 ; ATF 115 III 97 c. 4).

c) En l'occurrence, la créance compensante invoquée n'est ni établie ni admise par S. _____; elle n'est même pas chiffrée précisément par le recourant. La première condition pour l'annulation de la faillite n'est donc pas remplie.

III. **a)** Le recourant invoque une violation de l'art. 173a al. 2 LP. Il fait valoir que les dettes qui subsistent – celle de loyer étant éteinte par compensation – représentent de "faibles montants" par rapport à son chiffre d'affaires.

b) Selon l'art. 173a al. 2 LP, applicable à la faillite sans poursuite préalable par le renvoi de l'art. 194 LP, le tribunal peut ajourner d'office la faillite lorsqu'un concordat paraît possible.

L'art. 173a LP est une mesure d'exécution forcée permettant d'éviter l'ouverture de la faillite quand sont réalisées les conditions d'un assainissement financier, notamment sous la forme d'un sursis concordataire. Dans le cadre de la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC), le tribunal examine s'il est rendu vraisemblable qu'un concordat est possible. A cet égard, il ne suffit pas au débiteur d'alléguer l'existence d'une telle possibilité; encore faut-il que celle-ci ressorte du dossier, ou des éléments de preuve amenés par le débiteur, le créancier ou des tiers (Giroud, Basler Kommentar SchKG II, n. 7 à 9 ad art. 173a LP).

Selon la jurisprudence, l'art. 173a al. 1 LP introduit une faculté laissée à l'appréciation du juge de la faillite. On ne saurait en conclure pour autant que l'ouverture de la faillite serait la règle et l'ajournement l'exception; cette interprétation est contredite par l'opinion dominante qui est d'avis que le juge de la faillite doit, en principe, prendre en considération une demande de sursis concordataire, à moins qu'elle n'apparaisse abusive ou vouée à l'échec (TF 5A_3/2009 du 13 février 2009).

c) En l'espèce, on examinera cette question après avoir analysé la situation financière du recourant. En effet, elle n'aurait plus d'objet si les conditions de la faillite ne sont pas remplies.

IV. a) Le recourant soutient que les conditions de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP ne sont pas remplies. Il fait valoir que l'intimé n'a pas rendu sa créance vraisemblable et que ses difficultés ne sont pas antérieures au mois de janvier 2014.

b) Aux termes de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements.

Le système du droit suisse de la poursuite pour dettes et la faillite prévoit fondamentalement qu'une procédure de faillite est précédée d'une poursuite préalable ordinaire (Fritschi, *Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung*, thèse Zurich 2010, p. 151; Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, n. 564, p. 114). Ce n'est qu'exceptionnellement, dans un certain nombre de cas, que la loi permet à un soi-disant créancier de requérir l'ouverture de la faillite de son prétendu débiteur sans commandement de payer exécutoire (Gilliéron, *Commentaire*, n. 2 ad art. 190 à 194 LP). Vu les lourdes conséquences de la déclaration de faillite sans poursuite préalable et le fait qu'elle constitue une exception dans le système de l'exécution forcée, elle doit être appliquée et interprétée restrictivement. La cour de céans, suivant l'avis de plusieurs auteurs, considère qu'il faut, quant au degré de preuve requis, faire une distinction, en ce sens que pour les causes matérielles de la faillite, on exige en principe la preuve stricte – quand bien même les moyens de preuve consentis en procédure sommaire sont limités – alors que pour les autres conditions la vraisemblance qualifiée est suffisante (Cometta, *Commentaire romand*, n. 2 ad art. 190 LP ; Fritschi, *op. cit.*, pp. 153-154). Sur ce dernier point, elle a jugé que, même si elle s'était parfois contentée de la simple vraisemblance (CPF, 29 novembre 2007/455, qui se réfère à CPF, 10 décembre 1998/683), il y avait lieu de suivre l'auteur précité (Cometta, *op. cit.*, n. 3 ad art. 190, qui cite l'arrêt paru aux ATF 120 III 88, JT 1996 II 77, notamment), le degré de la vraisemblance qualifiée tenant adéquatement compte des intérêts du créancier requérant et du débiteur dont la faillite est demandée (CFP, 12 mars 2012/8; CPF, 19 août 2011/323; CPF, 7 juillet 2011/239; CPF, 13 novembre 2008/549; CPF, 18 septembre 2008/439). La jurisprudence de la cour de céans sur ce point (CPF, 12 mars 2012/8, CPF, 19 août 2011/323 et CPF, 7 juillet 2011/239 précités) n'est pas contredite par le Tribunal fédéral, qui a laissé ouverte la question du degré de la preuve, même en ce qui concerne le cas de faillite invoqué (TF 5A_719/2010 du 6 décembre 2010 c. 5.5).

Parmi les causes matérielles de la faillite, soumises aux exigences d'une preuve stricte, figure celle de la suspension des paiements (Cometta, *op. cit.*, nn. 5 et 10 ad art. 190 LP). Cette preuve

peut être rapportée sous la forme d'indices et résulter d'actes du débiteur permettant de conclure à une suspension ou cessation des paiements (CPF, 29 novembre 2007/455). Quant à la qualité de créancier du requérant, le degré de preuve requis pour sa démonstration est, comme exposé ci-dessus, celui de la vraisemblance qualifiée, ce même si la créance n'est pas encore exigible.

La suspension de paiements est une notion imprécise qui confère au juge de la faillite un ample pouvoir d'appréciation (ATF 137 III 460 c. 3.4.1 ; TF 5A_439/2010 du 11 novembre 2010, in SJ 2011 I 175 ; TF 5P.312/2002 du 13 février 2003 c. 3.3; Gilliéron, Commentaire, n. 30 ad art. 190 LP ; Cometta, op. cit., n. 10 ad art. 190 LP ; Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, p. 851; Huber, Kurzkomentar SchKG, n. 8 ad art. 190 LP). Elle est la manifestation extérieure de l'insolvabilité, qu'il ne faut pas confondre avec l'insuffisance d'actifs, c'est-à-dire la situation dans laquelle les passifs excèdent les actifs, soit l'endettement ou le surendettement, encore qu'une situation prolongée d'insolvabilité aboutit au surendettement, comme un surendettement prolongé aboutit à une situation d'insolvabilité (Gilliéron, Commentaire, n. 28 ad art. 190 LP). Cette notion a été préférée par le législateur à celle d'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et par conséquent plus aisée à rendre vraisemblable. Lorsque l'insolvabilité est rendue vraisemblable, la faillite sans poursuite préalable doit toutefois a fortiori être déclarée (ibid. n. 29 ad art. 190 LP ; TF 5A_367/2008 du 11 juillet 2008 c. 4.1). Pour qu'il y ait suspension de paiements, il faut que le débiteur ne paie pas des dettes incontestées et exigibles, laisse les poursuites se multiplier contre lui, tout en faisant systématiquement opposition, ou omette de s'acquitter même des dettes minimales, laissant démontrer par ce comportement qu'il ne dispose pas de liquidités suffisantes pour honorer ses engagements (ATF 137 III 460, c. 3.4.1 p. 468). Il n'est pas nécessaire que le débiteur interrompe tous ses paiements ; il suffit que le refus de payer porte sur une partie essentielle de ses activités commerciales (ATF 137 III 460 c. 3.4.1, p. 468; ATF 85 III 146, c. 4b p. 155). Même une dette unique n'empêche pas, si elle est importante et que le refus de payer est durable, d'admettre une

suspension de paiements, tel pouvant être le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier (TF 5A_439/2010 précité ; TF 5A_367/2008 précité c. 4.1 ; SJ 2000 I 248). Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiements (SJ 2000 I 248).

c) En l'espèce, la qualité de créancier de S._____ est bien établie au stade de la vraisemblance qualifiée. Les parties sont liées par deux contrats de bail, l'un portant sur les locaux du [...], l'autre sur le mobilier d'exploitation de ce commerce. Il n'est pas contesté que le bailleur a mis à la disposition du locataire l'objet des deux contrats. Le recourant admet, sur le principe, devoir le loyer et la redevance fixés par ces conventions, qu'il a payés - il l'allègue lui-même - depuis fin 2007 jusqu'au mois d'août 2013. Il invoque la compensation avec une créance en réduction de loyer (art. 259d CO) et une créance en dommages-intérêts (art. 259e CO) pour défaut de la chose louée. Il fait valoir qu'il ne peut pas user de sa terrasse. Cela justifie éventuellement une réduction quant au loyer des locaux commerciaux, mais pas de la redevance pour les meubles. De plus, si la doctrine majoritaire admet que le locataire qui prétend à une réduction de loyer peut le faire unilatéralement sans s'adresser à un juge (Lachat, Le bail à loyer, p. 261), en revanche, le locataire qui prétend à des dommages-intérêts doit faire reconnaître sa créance par un juge ou le bailleur avant de pouvoir exciper de la compensation. Tant que sa créance n'est pas reconnue, il ne peut pas retenir sur le loyer le montant des dommages-intérêts auxquels il prétend (Lachat, op. cit., p. 265).

En ce qui concerne la situation financière du recourant, les pièces du dossier permettent plusieurs observations.

Si on se réfère à la comptabilité 2012 visée par la fiduciaire, produite avec le recours, plutôt que celle, non visée, produite en première instance, le chiffre d'affaires 2012 a été de 326'898 fr. 60. De janvier à juin, il était d'environ 30'000 fr. par mois. Durant les six derniers mois de l'année en revanche, il a chuté à une moyenne mensuelle de l'ordre de

24'000 francs. Selon le compte d'exploitation 2012 – certes non visé par la fiduciaire, mais les chiffres étaient assez similaires, arrivant à un chiffre d'affaires annuel de 330'889 fr. – le bénéfice de l'exercice s'est élevé à 18'565 francs.

En automne 2013, les recettes mensuelles ont à nouveau baissé, passant des environs de 25'000 fr. à 11'000 fr. au mois de décembre.

En 2014, les recettes mensuelles ont été, arrondies, de 16'500 fr. au mois de janvier, 13'000 fr. au mois de février, 14'000 fr. au mois de mars, et 12'500 francs au mois d'avril.

Le recourant attribue ses difficultés à la présence d'échafaudages abritant les locaux loués devant l'immeuble, qui l'ont privé de l'usage de sa terrasse. On ne comprend pas bien si ces échafaudages ont été présents uniquement des mois d'octobre à décembre 2013 comme le retient le prononcé entrepris, ou s'ils sont encore là comme l'indique le recourant dans sa lettre du 24 avril 2014 où il se plaint de n'avoir plus accès à sa terrasse depuis le mois de septembre 2013. De son côté l'intimé indique dans sa réponse que les échafaudages ont été présents du 1^{er} octobre au 23 décembre 2013. Peut-être le recourant veut-il dire qu'il a définitivement perdu sa clientèle depuis les travaux.

Quoi qu'il en soit, le recourant se trouve dans une situation où son chiffre d'affaires a progressivement baissé, d'abord de 20 % durant le deuxième semestre 2012, puis encore de plus de 30 % dès octobre 2013. Jusqu'à ce jour, ce chiffre d'affaires n'est pas reparti à la hausse.

Le recourant exploite ce commerce depuis fin 2007. On ignore quels étaient ses résultats avant 2012. Quoi qu'il en soit, dans le cadre d'une saisie en mars 2014, l'intéressé a déclaré au préposé être "en déficit total" depuis l'année 2012, qu'il ne perçoit aucun revenu de l'exploitation de son commerce, et que toutes les recettes sont utilisées pour payer les

charges privées et professionnelles. Les loyers et redevances des mois de juillet et août 2013 ont été payés avec retard et ceux du mois de septembre sont toujours impayés. Il semble ainsi que les recettes de l'année 2013, malgré de bons résultats en avril et mai, ont été insuffisantes pour faire vivre le recourant, indépendamment du problème des échafaudages apparu durant les trois derniers mois seulement. On ignore par ailleurs le montant des recettes des mois de mars et juillet.

Alors que le loyer et la redevance ne sont plus payés depuis le mois de septembre 2013, les poursuites en cours ne se limitent pas à celles, litigieuses, émanant de S. _____; elles concernent aussi des cotisations sociales, des factures de la Commune de Montreux, la TVA, et de petites charges comme la taxe de réception TV et radio et le câble ; des actes de défaut de biens ont été délivrés. Entre le 5 mars 2014 et le 19 mai 2014, les poursuites ont augmenté de quelque 11'000 à 47'000 fr., et les actes de défaut de biens délivrés de 18'000 à 24'000 francs. Cela signifie que même en laissant de côté les loyers et redevances, le recourant n'arrive pas à assumer ses autres charges.

Ainsi, en admettant que le recourant dispose contre l'intimé d'une créance en réduction de loyer et d'une autre en dommages-intérêts, cela prendra du temps de faire reconnaître cette double créance en justice ; il est possible que le bailleur soit disposé à entrer en matière pour la première, mais il est douteux que ce soit le cas pour la deuxième. Le recourant ne peut voir dans une telle procédure - qu'il n'a même pas entamée en l'état - une solution à ses problèmes.

En définitive, on ne constate aucune perspective concrète d'amélioration, sauf à admettre que plus rien n'empêche la clientèle de revenir et que cela sera le cas. Le recourant, qui se plaint de n'avoir toujours pas la disposition de la terrasse, ne semble pas optimiste. Il ne prétend pas que la situation va se redresser. Il ne produit pas d'autre pièce relative à sa situation financière (extraits de comptes bancaires, par exemple) susceptible de démontrer qu'il dispose d'avoirs lui permettant de faire face à ses obligations.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il faut admettre que la cessation de paiements est établie et qu'un concordat est illusoire. Une poursuite de l'exploitation ne ferait qu'augmenter les dettes.

V. Le recours doit par conséquent être rejeté et le jugement confirmé. Compte tenu de l'effet suspensif accordé, la faillite d'D. _____ prend effet le 8 août 2014 à 16 heures 15.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., doivent être mis à la charge du recourant (art. 106 al. 1 CPC), qui doit en outre verser à l'intimé, assisté d'un agent d'affaires breveté, des dépens arrêtés à 750 fr. (art. 13 TDC).

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité
de recours en matière sommaire de poursuites et de faillite,
p r o n o n c e :

I. Le recours est rejeté.

II. Le jugement est confirmé, la faillite sans poursuite préalable d'D. _____ prenant effet le 8 août 2014 à 16 heures 15.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge du recourant.

IV. Le recourant D._____ doit verser à l'intimé S._____ la somme de 750 fr. (sept cent cinquante francs) à titre de dépens de deuxième instance.

Le président :

La greffière :

Du 8 août 2014

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Jean-Christophe Oberson, avocat (pour D._____),
- M. François Chabloz, agent d'affaires breveté (pour S._____)
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de la Riviera - Pays-d'Enhaut,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois.

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). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Conservateur du Registre foncier, Office des districts d'Aigle et de la Riviera,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :