{T 0/4}
6S.36/2002/ROD

C O U R D E C A S S A T I O N P E N A L E
****

22 mars 2002

Composition de la Cour: M. Schubarth, Président,
M. Schneider, M. Wiprächtiger, M. Kolly et M. Karlen,
Juges. Greffière: Mme Kistler.

_____

Statuant sur le pourvoi en nullité
formé par

X._____, représenté par Maître Jean Studer, avocat à
Neuchâtel,

contre

l'arrêt rendu le 19 décembre 2001 par la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal neuchâtelois dans la cause qui oppose le recourant à Y._____ et au Ministère public du canton de N e u c h â t e l;

(violation d'une obligation d'entretien)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les f a i t s suivants:

A.- Les époux X._____ et Y._____ ont quatre enfants mineurs. En août 1999, ils ont signé une convention de vie séparée pour la période du 1er septembre au 31 décembre 1999; ils sont convenus d'attribuer la garde des enfants à l'épouse, le mari s'engageant à verser pour l'entretien de celle-ci et de ses enfants une contribution globale de 4'500 francs par mois. Le mari a versé ce montant jusqu'au mois de janvier 2000 inclus. Au mois de décembre 1999, les deux aînés sont allés vivre chez lui.

Le 6 janvier 2000, l'épouse a sollicité des mesures protectrices de l'union conjugale. Par ordonnance du 7 août 2000, le Président du Tribunal civil a attribué la garde sur les deux aînés au mari et celle sur les deux cadets à l'épouse. Il a condamné le mari à payer dès le 1er février 2000, des contributions mensuelles d'entretien de 900 francs pour chacun des deux cadets, allocations familiales non comprises, et de 2'700 francs pour l'épouse.

B.- En septembre 2000, l'épouse a déposé plainte pénale contre son mari pour violation d'une obligation

d'entretien, lui reprochant de ne lui avoir versé qu'un acompte de 590 francs pour le mois de février 2000 et de n'avoir plus rien payé ultérieurement.

Le Tribunal de police a condamné le mari pour violation d'une obligation d'entretien, à trois mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans.

La Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal neuchâtelois a confirmé ce jugement.

C.- Le mari se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral contre cet arrêt, invoquant une fausse application de l'art. 217 CP.

C o n s i d é r a n t en d r o i t :

2.- Au moment des faits, le recourant était séparé de sa femme dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Etait alors échue la convention préalablement signée par les parties sur les conséquences de leur séparation, et les obligations d'entretien du recourant n'étaient pas encore fixées judiciairement. Selon la cour cantonale, l'absence de tout prononcé judiciaire et de toute convention privée ne fait cependant pas obstacle à une condamnation du recourant en vertu de l'art. 217 CP.

a) Cette disposition punit celui qui n'aura pas fourni les aliments ou les subsides qu'il doit en vertu du droit de la famille, quoiqu'il en eût les moyens ou pût les avoir. Mais elle ne précise pas si le devoir d'entretien doit résulter d'une décision du juge civil ou d'une convention entre parties ou si le juge pénal est en droit de trancher lui-même, à titre préjudiciel et au regard des dispositions du droit de la famille, la question de savoir quelles prestations le débiteur aurait dû fournir.

aa) Selon la jurisprudence, l'inexécution intentionnelle de l'obligation d'entretien entre époux est punissable, même si les prestations n'ont pas été fixées au préalable par le juge civil, lorsque les époux font ménage commun (ATF 70 IV 166) ou lorsque le débiteur a quitté le domicile conjugal sans autorisation du juge (ATF 74 IV 159). En revanche, si les conjoints sont en instance de divorce, l'étendue du devoir d'entretien doit être déterminée par un prononcé judiciaire ou un accord entre parties; la jurisprudence explique que, dans cette hypothèse, les prestations en argent remplacent l'entretien en nature et les circonstances de fait exigent souvent une répartition des charges (ATF 74 IV 52, 159; 76 IV 118; 89 IV 22). Toutefois, même en cas de procédure en

divorce, le débiteur pourra être puni selon l'art. 217 CP sans que le montant des prestations dues ait été fixé au préalable lorsqu'il ne paye rien ou ne s'acquitte pas d'un montant que lui-même estime dû (ATF 89 IV 22). De même, celui qui n'a aucune raison de douter de sa paternité et ne paye rien, bien qu'il y ait été invité et qu'il soit en mesure de verser une contribution, se rend coupable de violation d'une obligation d'entretien, au sens de l'art. 217 CP, même en l'absence d'une convention ou d'un jugement (ATF 91 IV 226).

bb) La doctrine admet en règle générale l'application de l'art. 217 CP indépendamment de tout prononcé judiciaire et de toute convention privée. Elle parle alors de méthode directe de fixation de la contribution d'entretien; cette méthode s'oppose à la méthode indirecte, qui suppose que l'étendue de la contribution ait été fixée sur le plan civil.

Ainsi, suivant la jurisprudence, Broder, Rehberg et J. A. Müller distinguent selon le type d'obligation d'entretien. Ils appliquent la méthode directe et n'exigent ni prononcé ni convention en cas d'obligation d'entretien entre époux, que les époux fassent ménage commun ou qu'ils aient cessé de vivre ensemble; dans ce dernier cas, le créancier doit cependant pouvoir requérir des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 175 et 176 al. 2 CC). Aux yeux de Müller, il est important que le juge pénal puisse appliquer la méthode directe, car il arrive souvent que le prononcé civil traîne et que le débiteur refuse de verser quelque chose tant qu'une pension n'est pas fixée. Broder et Rehberg relèvent que le nouveau droit du mariage et de la filiation, qui laisse aux époux la liberté de fixer la nature de leurs contributions, pourra cependant entraîner, pour le juge pénal, des difficultés de preuve. En conformité avec la jurisprudence, ces trois auteurs considèrent que, en cas de procédure en divorce ou en séparation de corps, le débiteur ne pourra en revanche être puni selon l'art. 217 que s'il existe un jugement ou une convention qui fixent l'étendue de l'obligation d'entretien. Enfin, ils appliquent en principe la méthode directe à l'obligation d'entretien des parents à l'égard de l'enfant. Ils divergent d'opinion en cas d'introduction d'une action en divorce: pour Broder et Rehberg, il faudra en principe un prononcé judiciaire ou une convention, alors que, selon J. A. Müller, l'art. 217 CP est applicable même lorsque le juge n'a pas fixé de pension (Rehberg, Strafrecht IV, 2e éd., Zurich 1996, p. 5 ss; Urs Broder, Delikte gegen die Familie, insbesondere Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, in RPS 109/1992, p. 290 ss; Jakob A. Müller, Die Vernachlässigung von Unterstützungspflichten im Sinne von

Art. 217 StrGB, in RPS 82/1966 p. 254 ss).

Albrecht opte, de manière générale, pour la méthode directe. Il relève cependant que l'application de cette méthode est limitée en pratique, dès lors qu'il sera difficile de prouver l'intention du débiteur. Celle-ci ne pourra être établie que si l'obligation légale est manifeste et qu'elle s'impose au débiteur; tel sera notamment le cas lorsque l'époux quitte la maison familiale sans s'occuper de l'entretien de sa femme et de ses enfants (Jenny/Schubarth/Albrecht, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, vol. 4, Berne 1997, p. 173 ss, 188). Pour Stratenwerth, le choix entre la méthode directe et la méthode indirecte dépend du point de savoir si, au vu des circonstances, la violation de l'obligation apparaît comme évidente. Il admet que tel sera le cas lorsque l'obligation d'entretien ne fait aucun doute et que le débiteur ne verse rien (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 5e éd., Berne 2000, n. 29 ad paragraphe 26, p. 25 s.). Enfin, Corboz admet aussi le recours à la méthode directe, précisant que l'emploi de cette méthode est restreint par l'intention que requiert l'infraction (Corboz, Les principales infractions, vol. I, Berne 1997, p. 291 s.).

b) Il ressort des travaux préparatoires que le législateur n'a pas voulu subordonner l'application de l'art. 217 CP à l'existence d'une constatation judiciaire. En effet, la Commission du Conseil national pour la préparation du Code pénal a expressément renoncé à préciser que l'obligation d'entretien devait être constatée par une décision judiciaire ou administrative (voir les procès-verbaux de la Commission du Conseil national pour la préparation du Code pénal, VIe session, 2-10 septembre 1926, p. 5). En outre, si l'on subordonnait la poursuite pénale à l'existence d'une décision judiciaire ou d'un accord entre parties, l'art. 217 CP tendrait davantage à protéger ceux-ci que la famille.

Aussi, suivant la doctrine majoritaire et en précision de la jurisprudence, faut-il admettre l'application de l'art. 217 CP, même en l'absence de tout prononcé judiciaire et de toute convention privée. L'auteur sera punissable s'il ne fournit pas les aliments ou les subsides dus en vertu du droit de la famille. Une constatation judiciaire préalable ne sera pas nécessaire dans la mesure où l'obligation d'entretien découle directement de la loi. Un jugement ou une convention permettra toutefois souvent de concrétiser l'obligation, et rendra plus facile l'établissement des faits. Ainsi, l'intention de ne pas payer le montant dû sera en règle générale donnée si l'obligation a été fixée dans un

jugement ou une convention car elle sera alors connue du débiteur. En revanche, l'intention du débiteur sera plus difficile à établir en l'absence de toute décision et de tout accord; il n'en reste pas moins que le juge pourra prouver l'intention au moins dans les cas patents, notamment lorsque le débiteur n'aura rien payé ou aura versé seulement un montant dérisoire alors qu'il disposait de ressources non négligeables.

3.- Le recourant conteste le principe même d'une contribution d'entretien dans la mesure où les deux aînés sont venus vivre chez lui en décembre 1999, de sorte que les charges occasionnées par les enfants ont été réparties équitablement entre les époux, et où son revenu a diminué sensiblement tout au long de l'année 2000.

Selon l'art. 163 CC, mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille. La loi laisse aux époux toute liberté dans la répartition des charges leur incombant tant en ce qui concerne le mode que la mesure des contributions. Un changement dans la vie de la famille, telle la séparation des époux, pourra entraîner une modification de cette répartition. Il faut examiner dans chaque cas concret si et dans quelle mesure on peut exiger de l'épouse qu'elle exerce une activité lucrative, compte tenu de son âge, de son état de santé, de sa formation et, le cas échéant, du temps plus ou moins long pendant lequel elle aura été éloignée de la vie professionnelle. En l'espèce, le recourant ne pouvait pas attendre que son épouse retrouve un travail aussi peu de temps après leur séparation, dès lors que, assistante dentaire de formation, elle n'avait pas exercé sa profession durant l'union conjugale, mais s'était occupée des enfants et de l'intendance. Il lui appartenait donc de continuer à pourvoir à l'entretien de sa famille par le versement d'une pension alimentaire.

Le droit de garde que le recourant exerçait sur ses deux aînés ne pouvait le dispenser de verser toute pension en espèces. Les contributions d'entretien doivent en effet assurer l'entretien courant du créancier et elles doivent être versées, au moins partiellement, en espèces afin que celui-ci puisse maintenir son train de vie. Sans activité lucrative, son épouse ne disposait d'aucun revenu propre. Elle avait besoin d'une somme minimale pour son entretien courant et celui des deux cadets. Le recourant prétend que son revenu avait si fortement diminué dès le 1er janvier qu'il n'avait plus les moyens de verser une quelconque pension. Il ressort cependant de l'arrêt cantonal qu'il a perçu, durant la période concernée par la plainte, soit de février à septembre 2000, un revenu mensuel net moyen de 7'136 francs, comprenant 1'100 francs versés à titre de compensation de frais et

2’000 francs comme avance sur les commissions. Il a en outre reçu 17’899,60 francs le 2 février 2000 et 20’974,85 francs le 3 mars 2000 d’un fonds de placement. Comme l’a retenu la cour cantonale, il aurait pu verser au moins des acomptes.
Sur le plan subjectif, le recourant a agi intentionnellement. La cour cantonale a en effet constaté que, vu les revenus qu’il réalisait, il ne pouvait pas ignorer qu’il devait verser une pension à son épouse et à ses deux cadets, dès lors qu’il savait que celle-ci n’exerçait aucune activité lucrative et n’avait donc pas de revenu propre.

Au vu de ce qui précède, les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l’infraction définie à l’art. 217 CP sont réalisés, et c’est donc à juste titre que la cour cantonale a condamné le recourant pour violation d’une obligation d’entretien.

Par ces motifs,

l e T r i b u n a l f é d é r a l ,

1. Rejette le pourvoi dans la mesure où il est recevable.

Lausanne, 22 mars 2002