

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 11 octobre 2010

Présidence de M. CREUX, président
Juges : M. Battistolo et Mme Epard
Greffier : M. Ritter

Art. 411 let. h CPP

La Cour de cassation pénale prend séance en audience publique pour statuer sur le recours interjeté par **R.**_____ contre le jugement rendu le 10 juin 2010 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne dans la cause dirigée contre le recourant.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 10 juin 2010, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a, notamment, constaté que R._____ s'était rendu coupable de violation d'une obligation d'entretien (I), l'a condamné à une peine privative de liberté de dix mois (II), a suspendu l'exécution de la peine et fixé à R._____ un délai d'épreuve de cinq ans (III) et a donné acte au Service de protection de la jeunesse de ses réserves de droit civil à l'encontre de l'accusé (IV).

B. Ce jugement retient en substance ce qui suit, la cour de céans se référant pour le surplus à l'état de fait dans son intégralité :

1.1 L'accusé R._____, né en 1965, a travaillé comme cuisinier sans CFC. De son union avec [...] sont nées deux filles, [...], le 1^{er} décembre 1992, et [...], le 14 avril 1995. Le divorce des époux R._____ a été prononcé par jugement rendu le 11 mars 1996 par le Tribunal du district de Lausanne. L'autorité parentale et la garde des enfants ont été attribuées à leur mère. Une pension alimentaire en faveur de chacun des enfants, payable en main de leur mère, a été mise à la charge du père, à raison de 400 fr. par mois jusqu'à l'âge de sept ans révolus, de 450 fr. par mois jusqu'à l'âge de douze ans révolus et de 500 fr. par mois jusqu'à la majorité ou l'indépendance financière de chacun des enfants. Les filles ont été confiées au Service de protection de la jeunesse, avec cession de ses droits par la créancière d'aliments. Le SPJ a placé les enfants auprès d'une famille d'accueil depuis le 1^{er} mai 1997.

L'accusé a épousé en deuxièmes noces [...]. De cette union sont nés deux garçons, [...], le 15 février 1997, et [...], le 17 septembre 1998.

Le débiteur d'aliments s'est trouvé au chômage en 2002. Au début de l'année 2003, l'accusé a emménagé en France avec sa deuxième

épouse et leurs enfants communs, dont le parrain et la marraine avaient ouvert un restaurant, dans lequel il devait s'occuper de la cuisine pour une rétribution mensuelle d'environ 900 euros. En août suivant, l'intéressé est revenu en Suisse avec sa nouvelle famille. Etabli sur sol neuchâtelois, il a trouvé un emploi dans un restaurant, au sein duquel il a entrepris un apprentissage de cuisinier. Jusqu'en juillet 2008, il a gagné 3'500 fr. brut par mois. Son divorce d'avec sa deuxième épouse a été prononcé le 6 octobre 2008, l'ex-époux s'engageant, par convention ratifiée, à verser une pension mensuelle de 600 fr. pour chacun des deux enfants issus de son deuxième mariage.

Depuis lors, l'accusé a convolé pour la troisième fois, avec [...], en septembre 2009. Sa nouvelle épouse travaille comme chauffeuse de taxi. Elle est mère de deux enfants nés de mariages précédents. En août et septembre 2008, ayant échoué aux examens finaux de son apprentissage et s'étant établi dans la région lausannoise, l'accusé a occupé un nouvel emploi de cuisinier durant l'entier de ces deux mois, également pour un salaire mensuel brut de 3'500 fr. Un nouveau délai-cadre de l'assurance-chômage a été ouvert en sa faveur le 26 novembre 2008, l'indemnité étant calculée sur un gain assuré de 3'500 fr. par mois. De mai à octobre 2009, l'accusé a travaillé, toujours comme cuisinier, pour un salaire mensuel brut de 4'000 fr. Depuis lors, il est sans emploi et continue à percevoir une indemnité de chômage calculée sur le même gain assuré qu'auparavant. Il a cependant travaillé deux mois dans un autre restaurant lausannois. Il occupe un appartement de trois pièces et demie à Lausanne, pour un loyer de 1'145 fr. par mois, charges comprises. Sa prime mensuelle d'assurance-maladie est de 286 fr. 50.

1.2 Depuis le mois de janvier 1998, l'accusé n'a plus rien payé en faveur de ses deux filles. Au 10 juin 2010, il avait accumulé un arriéré de pensions de 139'467 fr. 95. Le SPJ a porté plainte le 31 octobre 2003. A l'audience, son représentant a indiqué que l'Etat de Vaud avait dépensé au total 305'375 fr. 80 pour les deux filles du débiteur d'aliments au 10 juin 2010. Actuellement, toutes deux effectuent un apprentissage.

1.3 Il est fait grief à l'accusé de violation d'obligations d'entretien du 20 juin 2003 au 10 juin 2010, le non-paiement des pensions alimentaires jusqu'à cette date-là étant, selon les premiers juges, aujourd'hui frappé par la prescription absolue de sept ans. Le montant demeurant en cause pour la période à considérer est de 112'367 fr. 95.

1.4 L'intéressé a fait valoir que, durant toute la période concernée par la procédure, il était dans l'incapacité de verser quoi que ce soit en faveur de ses filles. Il s'est fondé en particulier sur des actes de défaut de biens délivrés à son encontre en 1999, 2001 et 2002. Il a expliqué en outre que, durant tout son apprentissage, son salaire mensuel brut de 3'500 fr. lui permettait tout juste de couvrir le minimum vital indispensable au couple avec deux enfants qu'il formait alors avec sa deuxième épouse, ce d'autant que celle-ci n'avait pas d'emploi. Il a ajouté que, depuis son échec aux examens de fin d'apprentissage et son deuxième divorce, il n'a jamais retrouvé une situation stable qui lui aurait permis de subvenir à l'entretien de ses enfants. Enfin, le Bureau de recouvrement et d'avance des pensions alimentaires a fait procéder à une retenue sur ses indemnités de chômage en faveur des enfants de son deuxième lit, ce à hauteur de 900 fr. en février 2009, puis de 200 fr. pour chacun des autres mois, à concurrence du minimum vital du débiteur. En définitive, l'accusé a soutenu qu'il avait entrepris tous les efforts nécessaires pour faire face à ses obligations du droit de la famille.

2. Par les faits ci-dessus, le tribunal correctionnel a considéré que R._____ s'était rendu coupable de violation d'une obligation d'entretien pour ce qui est des mois de juin et de juillet 2003, d'une part, et d'août 2008 à juin 2010, d'autre part. Les premiers juges ont estimé qu'en s'engageant, par convention ratifiée, à verser une pension mensuelle de 600 fr. pour chacun des enfants de son deuxième lit, l'accusé avait failli à ses obligations d'entretien envers ses filles en privilégiant ses garçons au détriment des enfants issus de son premier mariage. En outre, les revenus qu'il avait réalisés depuis septembre 2008 (à savoir les indemnité AC calculées sur un gain assuré de 3'500 fr. par mois et le salaire mensuel de 4'000 fr. brut réalisé de mai à octobre 2009) lui auraient permis, sans

discussion aucune, d'acquitter au moins partiellement les pensions dues à ses deux filles. Au surplus, l'accusé avait, toujours de l'avis du tribunal correctionnel, choisi de quitter la Suisse en 2003 pour aller au devant d'une situation qu'il savait aléatoire et avait ainsi, lors de son retour l'été suivant, rencontré maintes difficultés pour se créer une nouvelle situation alors qu'on aurait pu attendre de lui, dès le mois d'août 2008, qu'il exerce n'importe quelle activité, y compris en dehors de la branche de la restauration, pour faire face à ses obligations à l'égard de ses deux filles.

C. En temps utile, R._____ a recouru contre le jugement précité. Dans le délai imparti à cet effet, il a déposé un mémoire concluant principalement à sa réforme en ce sens que le recourant est acquitté, les frais de la cause étant laissés à la charge de l'Etat. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation du jugement, la cause étant renvoyée à un autre tribunal de première instance pour nouvelle instruction et nouveau jugement. Plus subsidiairement, il a conclu à la réforme du jugement en ce sens que le recourant est condamné, pour violation d'une obligation d'entretien, à une peine pécuniaire de 300 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr., le jugement étant maintenu pour le surplus.

En droit :

1. Le recours est principalement en réforme, subsidiairement en nullité, plus subsidiairement encore en réforme. La cour de céans détermine librement l'ordre d'examen des moyens invoqués (Besse-Matile/Abravanel, Aperçu de jurisprudence sur les voies de recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois, *in* JT 1989 III 98, spéc. 99; Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, *in* JT 1996 III 66, spéc. 107; Bovay/Dupuis/Monnier/Moreillon/Piguet, Procédure pénale vaudoise, Code annoté, 3e éd., Lausanne 2008, n. 1.4 ad art. 411 CPP).

En l'espèce, il convient d'examiner en premier lieu les moyens de nullité, ceux-ci pouvant faire apparaître des insuffisances ou des lacunes dans l'état de fait retenu par le tribunal (art. 411 let. h CPP), éventualité qui n'est en principe plus examinée dans le cadre du recours en réforme, s'agissant tant de ses conclusions principales que de ses conclusions subsidiaires.

2. Le recourant se prévaut des moyens de nullité de l'art. 411 let. h CPP. Ceux-ci seront examinés après rappel des règles de fond topiques.

2.1 a) Aux termes de l'art. 217 al. 1^{er} CP, se rend coupable d'une violation d'une obligation d'entretien celui qui n'aura pas fourni les aliments ou les subsides qu'il doit en vertu du droit de la famille, quoi qu'il en eût les moyens ou pût les avoir.

b) La violation d'une obligation d'entretien est un délit d'omission proprement dit, le comportement délictueux consistant à ne pas fournir, ou

seulement partiellement, les pensions dues en vertu du droit de la famille, alors que cela serait possible (ATF 132 IV 49, c. 3.1.2.1; 114 IV 124, c. 3b; Corboz, *Les infractions en droit suisse*, volume I, Berne 2002, n. 1 et 15 ad. art. 217 CP; Stratenwerth/Bommer, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II*, 6ème éd., Berne 2008, § 26, n. 31; p. 30). L'infraction est réalisée, d'un point de vue objectif, non seulement lorsque le débiteur n'a fourni aucune prestation, mais également lorsqu'il a fourni moins que ce que prévoyait le jugement ou la convention (Corboz, *op. cit.*, n. 15 ad. art. 217 CP, p. 851; ATF 114 IV 124, c. 3b).

On ne peut toutefois reprocher à l'auteur d'avoir violé son obligation d'entretien que s'il avait les moyens de la remplir ou aurait pu les avoir. Si l'accusé ne pouvait pas disposer des moyens nécessaires pour fournir sa prestation, toute condamnation est exclue, même s'il voulait violer son obligation d'entretien. La possibilité de fournir la prestation est une condition objective de l'infraction. Il n'est pas nécessaire que le débiteur ait eu les moyens de fournir entièrement sa prestation; il suffit qu'il ait pu fournir plus qu'il ne l'a fait et qu'il ait dans cette mesure violé son obligation d'entretien (Corboz, *op. cit.*, n. 20 ad art. 217, p. 852; ATF 114 IV 124, précité; CCASS, 21 novembre 2005, n° 395).

Si le débiteur n'avait pas les moyens de fournir sa prestation, il faut encore rechercher s'il aurait dû les avoir. A cet égard, le Tribunal fédéral exige du débiteur qu'il se procure de quoi satisfaire à son obligation; on peut même envisager qu'il doive changer d'emploi ou de profession, pour autant que cette exigence apparaisse comme raisonnable (ATF 114 IV 124, précité). Ainsi, l'art. 217 CP punit également celui qui, d'une part, ne dispose pas de moyens suffisants pour s'acquitter de son obligation mais qui, d'autre part, ne saisit pas les occasions de gain qui lui sont offertes ou qu'il pourrait accepter (CCASS, 21 novembre 2005, n° 395, précité; 23 mai 2005, n° 117; 14 juillet 2004, n° 262).

La capacité économique de verser la contribution d'entretien se détermine par analogie avec le droit des poursuites relatif au minimum vital (art. 93 LP; TF 6S.208/2004 du 19 juillet 2004, c. 2.1; ATF 121 IV 272,

c. 3c, JT 1997 IV 66; Corboz, op. cit., n. 21 ad art. 217 CP). Il faut donc établir, pour la période concernée et en tout cas sur plusieurs mois, l'ensemble des revenus du débiteur et l'ensemble de ses charges indispensables (correspondant au minimum vital), afin de savoir si et dans quelle mesure il avait les moyens de respecter ses obligations d'entretien. Déterminer la situation financière du débiteur relève de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits (Corboz, op. cit., n. 22 ad art. 217 CP).

2.2 a) S'agissant d'un recours en nullité fondé sur l'art. 411 let. h (ou i) CPP, il sied de rappeler en préambule que le tribunal de première instance établit souverainement les faits selon sa conviction, en appréciant tous les éléments d'instruction réunis en cours d'enquête et lors des débats et en exposant de façon claire et complète les circonstances qu'il retient (art. 365 al. 2 et 372 al. 2 let. a CPP; Bovay et alii, op. cit., n. 10.2 ad art. 411 CPP et les réf. cit.). La Cour de cassation n'étant pas une juridiction d'appel, le moyen de nullité tiré de l'art. 411 let. h et i CPP doit être envisagé comme un remède exceptionnel et ne permet pas au recourant de discuter librement l'état de fait du jugement devant l'autorité de recours, à laquelle il appartiendrait de choisir la version la plus vraisemblable (Bovay et alii., op. cit., n. 8.1 ad art. 411 CPP; CCASS, 19 septembre 2000, n° 504; CCASS, 14 septembre 2000, n. 494; JT 1999 III 83, c. 6b; Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 103).

b) Selon l'art. 411 let. h CPP, le recours en nullité est ouvert lorsque, sur des points de nature à influencer sur la décision attaquée, l'état de fait du jugement est insuffisant, présente des lacunes ou des contradictions. Cette disposition envisage ainsi des vices de deux natures : les insuffisances ou lacunes d'une part et les contradictions d'autre part (Bersier, op. cit., p. 81). L'existence d'une lacune ou d'une insuffisance de l'état de fait ne peut être retenue comme moyen de nullité, conformément à l'art. 411 let. h CPP, que si elle porte sur des points de nature à exercer une influence sur le dispositif du jugement attaqué, soit essentiellement sur des éléments de fait qualificatifs de l'infraction ou sur des critères déterminants de la culpabilité de l'auteur (Bersier, op. cit., p. 81). En

revanche, la motivation donnée par le premier juge à l'appui de sa conviction quant aux faits ne constitue pas comme telle des faits importants au sens de cette disposition (Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 104).

En outre, il ne peut y avoir une contradiction qui fonde la nullité du jugement que dans la mesure où certains faits retenus dans le jugement sont en contradiction avec d'autres faits retenus dans le même jugement (contradiction interne ou intrinsèque). Les contradictions entre un fait du jugement et une pièce du dossier, ou une déclaration verbalisée durant l'enquête, restent sans portée puisque la Cour de cassation pénale n'est pas en mesure d'apprécier le résultat de l'appréciation des preuves faite aux débats sur un tel point (Bersier, op. cit., p. 82). Il faut encore distinguer les faits que le tribunal expose et la discussion de ces faits par le tribunal lui-même, dont l'éventuel désaccord avec ces faits ne relèverait pas du moyen tiré de l'art. 411 let. h CPP mais de l'application du droit aux faits, soit du recours en réforme. En effet, il ne peut y avoir contradiction entre une constatation de fait et une appréciation juridique (Bovay et alii, op. cit., n. 10.12 ad art. 411 CPP et les réf. cit.; Bersier, op. cit., p. 82; Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 105).

3. En considérant que le recourant disposait, durant une certaine période du moins, des ressources nécessaires pour s'acquitter au moins partiellement des pensions dues à ses deux filles, le tribunal correctionnel a tranché une question de droit. Comme tel, ce point ne saurait donc être revu dans l'examen de moyens de nullité. Néanmoins, la question à trancher est celle de savoir si les faits retenus sont suffisants pour que cette appréciation en soit déduite.

Appliquer l'art. 217 CP implique de déterminer le minimum vital du débiteur d'aliments, mois par mois, au fil des éventuelles modifications tant des ressources que des charges de l'intéressé. A cet égard, le jugement se limite à retenir qu'au début de l'année 2003, l'accusé avait pris un emploi à l'étranger pour une rétribution mensuelle d'environ 900 euros; qu'en août suivant, il était revenu en Suisse pour

occuper un emploi dans un restaurant, au sein duquel il avait entrepris un apprentissage de cuisinier, gagnant 3'500 fr. brut par mois jusqu'en juillet 2008; qu'en août et septembre 2008, ayant échoué aux examens finaux de son apprentissage, l'accusé avait occupé un nouvel emploi de cuisinier, pour le même salaire; qu'après la perte de ce dernier emploi, il avait perçu des prestations de l'assurance-chômage sur la base d'un délai-cadre ouvert le 26 novembre 2008, l'indemnité étant calculée sur un gain assuré de 3'500 fr. par mois; que, de mai à octobre 2009, l'accusé avait travaillé, toujours comme cuisinier, pour un salaire mensuel de 4'000 fr. brut; que, depuis lors, il était sans emploi, hormis un gain intermédiaire de deux mois au service d'un restaurant, et qu'il continuait à percevoir une indemnité de chômage calculée sur le même gain assuré. Pour ce qui est de ses charges, il est débiteur de deux autres pensions alimentaires de 600 fr. mensuellement chacune et occupe un appartement de trois pièces et demie pour un loyer total de 1'145 fr. par mois; sa prime mensuelle d'assurance-maladie est de 286 fr. 50. Au surplus, le jugement précise que l'intéressé avait fait l'objet d'actes de défaut de biens, dont le plus récent remonte à 2002, et mentionne la profession ainsi que la situation familiale de la nouvelle épouse de l'accusé.

Il s'ensuit que le montant exact de la rétribution (en euros) perçue par le recourant en juin et en juillet 2003 est inconnu, tout comme l'est celui du revenu intermédiaire réalisé durant deux mois après que l'intéressé ait perdu l'emploi qui lui avait procuré un salaire mensuel brut de 4'000 fr. En outre, pour ce qui est des prestations de l'assurance-chômage, le jugement paraît confondre le gain assuré et la quotité de l'indemnité. Qui plus est, le salaire de la troisième épouse n'est pas déterminé, à l'instar de ses frais professionnels et autres dépenses reconnues éventuels. S'agissant des charges du débiteur d'aliments, on ignore le montant du loyer payé par l'accusé alors qu'il travaillait dans le canton de Neuchâtel. A cet égard, la seule mention du fait que ses beaux-parents d'alors étaient établis dans ce canton ne permet pas de déduire que la famille du recourant logeait auprès d'eux, moins encore que le gîte était accordé sans contrepartie. On ignore également depuis quelle date l'intéressé dispose de son logement actuel dans la région lausannoise,

respectivement quel était le montant du loyer de son éventuel logement antérieur occupé depuis son départ du canton de Neuchâtel. D'une manière générale, le jugement est également muet quant aux frais professionnels éventuels de l'intéressé et à d'éventuelles autres dépenses à prendre en considération, à plus forte raison pour ce qui est de leurs possibles variations au fur et à mesure des changements d'emplois et de résidences du travailleur.

Ces faits sont déterminants pour fixer le minimum vital du débiteur d'aliments au fil du temps conformément à la jurisprudence reprise au c. 2.1b ci-dessus. Ils ne peuvent, en l'état, être établis au vu du dossier, à telle enseigne que l'état de fait ne saurait être complété ou rectifié en application de l'art. 433a CPP. Par surabondance, ce procédé priverait les parties de la double instance.

Partant, il convient d'admettre le moyen tiré de l'art. 411 let. h CPP, qui s'avère bien fondé. Il y a lieu d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause à un autre tribunal de première instance pour nouvelle instruction et nouveau jugement en application de l'art. 444 CPP. Les moyens de réforme du recours n'ont donc plus d'objet.

4. En conclusion, le recours en nullité doit être admis et il doit être procédé dans le sens des considérants.

Les frais de deuxième instance, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant, par 581 fr. 05, TVA comprise, doivent être laissés à la charge de l'Etat (art. 450 al. 2 CPP).

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant en audience publique,
prononce :

- I. Le recours est admis.
- II. Le jugement est annulé et la cause est renvoyée au Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois pour nouvelle instruction et nouveau jugement dans le sens des considérants.
- III. Les frais de deuxième instance, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant, par 581 fr. 05 (cinq cent huitante et un francs et cinq centimes), sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 12 octobre 2010

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué au recourant et aux autres intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Fabien Mingard, avocat (pour R. _____),
- Service de la protection de la jeunesse,
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois,
- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Juge d'instruction cantonal,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :