[AZA 0/2]
6S.683/2001/DXC

COUR DE CASSATION PENALE
****

28 janvier 2002

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

_____

Statuant sur le pourvoi en nullité
formé par
X._____, représenté par Me Jean Lob, avocat à Lausanne,

contre
l'arrêt rendu le 20 août 2001 par la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois dans la cause qui oppose le recourant au Ministère public du canton deV a u d;

(abus de confiance; prescription)
Vu les pièces du dossier, d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Par jugement du 17 mars 2000, le Tribunal correctionnel du district de Vevey a condamné X._____, pour complicité de crime manqué d'escroquerie, violation de l'obligation de tenir une comptabilité, escroquerie par métier, abus de confiance (cinq cas), filouterie d'auberge, gestion fautive, banqueroute frauduleuse, faux dans les titres, violation d'une obligation d'entretien et infraction à l'art. 87 al. 3 aLAVS, à la peine de 5 1/2 ans de réclusion.

Saisie d'un recours en réforme de X._____, la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois l'a rejeté par arrêt du 3 août 2000, confirmant le jugement qui lui était déféré.

Contre cet arrêt, X._____ s'est pourvu en nullité au Tribunal fédéral, contestant trois des infractions retenues à son encontre, à savoir: l'infraction à l'art. 87 al. 3 aLAVS, un cas d'abus de confiance, soit celui commis au préjudice de la société Y._____ et la filouterie d'auberge.

Par arrêt 6S.86/2001 du 10 avril 2001, la Cour de cassation du Tribunal fédéral a partiellement admis le pourvoi et annulé l'arrêt attaqué; relevant que les constatations de fait cantonales étaient insuffisantes pour lui permettre de trancher la question de savoir si, comme le soutenait le recourant, l'infraction à l'art. 87 al. 3 aLAVS était prescrite, elle a renvoyé la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle statue à nouveau sur ce point après voir complété l'état de fait de sa décision; pour le surplus, elle a rejeté le pourvoi, considérant que la condamnation du recourant pour les deux autres infractions contestées ne violait pas le droit fédéral.

B.- Invité à se déterminer avant que l'autorité cantonale ne statue à nouveau, X._____ a fait valoir que l'infraction à l'art. 87 al. 3 aLAVS était absolument prescrite, qu'il en allait de même de quatre des cas d'abus de confiance retenus à sa charge et que la peine devait être ramenée à une quotité n'excédant pas la durée - de 954 jours - de la détention préventive subie. De son côté, le Ministère public, relevant que seule demeurait litigieuse la question de la prescription de l'infraction à l'art. 87 al. 3 aLAVS, a renoncé à se déterminer sur ce point.

Par arrêt du 20 août 2001, la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois a partiellement admis

le recours de X._____ en ce sens qu'elle a libéré ce dernier du chef d'accusation d'infraction à l'art. 87 al. 3 aLAVS et, en conséquence, réduit la peine d'un mois, le recours étant rejeté pour le surplus, en considérant qu'aucun des quatre abus de confiance invoqués n'était prescrit.

Le 21 septembre 2001, X._____ a saisi le Président de la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois d'une requête tendant à ce que l'exécution de l'arrêt cantonal du 20 août 2001 soit suspendue jusqu'à droit connu sur le pourvoi en nullité qu'il entendait interjeter auprès du Tribunal fédéral contre cet arrêt. Par ordonnance du 25 septembre 2001, le magistrat saisi a fait droit à cette requête, en ce sens que l'exécution de l'arrêt du 20 août 2001 était suspendue jusqu'à ce que le condamné passe sous l'autorité de la juridiction fédérale.

L'arrêt intégral du 20 août 2001 a été notifié le 16 novembre 2001 aux parties, qui l'ont reçu le lendemain.

C.- X._____ se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral. Soutenant que l'abus de confiance commis au préjudice de la société Y._____ est absolument prescrit, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué. Il sollicite par ailleurs l'assistance judiciaire et l'effet suspensif.

Considérant en droit :

1.- Les faits constitutifs de l'abus de confiance prétendument prescrit sont, en bref, les suivants. Alors qu'il oeuvrait en qualité de commissionnaire pour la société Y._____, active dans la promotion immobilière, le recourant, contrairement aux instructions données par celle-ci, qui exigeait que les chèques soient établis à l'ordre de la société, et non du commissionnaire, a demandé qu'un chèque de 7250 US$, émis le 15 juin 1993 par un client, Z._____, pour s'acquitter du solde de financement de l'achat d'un terrain en Floride, soit établi à son ordre et a conservé cet argent, qu'il n'a reversé que le 10 septembre 1993 à la société Y._____. Faisant valoir que l'abus de confiance n'est pas un délit continu, le recourant estime que, même s'il n'a finalement reversé l'argent confié que le 10 septembre 1993, l'infraction en cause a été consommée le 15 juin 1993, de sorte que la prescription de l'action pénale a commencé à courir à cette dernière date, et non le 10 septembre 1993, comme le retient l'arrêt attaqué. Il expose qu'après avoir été interrompue une première fois entre le 3 août 2000, date du premier arrêt de la cour de cassation cantonale, et le 10 avril 2001, lorsque le Tribunal fédéral a statué sur le pourvoi interjeté contre cet arrêt, la prescription, qui a recommencé à courir à partir de cette dernière date, a été interrompue à nouveau le 20 août 2001, date du nouvel arrêt de la cour de cassation cantonale; elle aurait toutefois recommencé à courir le 25 septembre 2001, date à laquelle le président de la cour de cassation cantonale a admis sa requête d'effet suspensif, et cela à tout le moins jusqu'au 16 novembre 2001, date de la notification de l'arrêt attaqué. Il en déduit que le délai de prescription absolue, de sept ans et demi pour l'infraction en cause, est manifestement écoulé, de sorte que, pour l'avoir méconnu, l'arrêt attaqué viole l'art. 72 CP.

2.- Lorsque la cause a déjà été portée par la voie du pourvoi en nullité devant la Cour de céans et qu'elle a été renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle statue à nouveau, celle-ci doit fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt de cassation (art. 277ter PPF). Cela signifie que, lorsqu'elle statue à nouveau, l'autorité cantonale doit limiter son examen aux points sur lesquels sa première décision a été annulée et que, pour autant que cet examen implique qu'elle revienne sur d'autres questions, elle doit le faire en se conformant au raisonnement juridique de l'arrêt de cassation; dans cette mesure, la nouvelle décision de l'autorité cantonale peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (ATF 123 IV 1 consid. 1 p. 3 et les arrêts cités). En revanche, les points qui n'ont pas ou pas valablement été remis en cause dans le pourvoi dirigé contre la première décision cantonale et ceux sur lesquels le pourvoi a été écarté sont acquis et ne peuvent plus être réexaminés par l'autorité cantonale (ATF 123 IV 1 consid. 1 p. 3; 121 IV 109 consid. 7 p. 128; 117 IV 97 consid. 4a p. 104; 110 IV 116 consid. 2 p. 116/117; 106 IV 194 consid. 1c p. 197; 103 IV 73 consid. 1 p. 74). De son côté, la Cour de céans, si
elle est saisie d'un nouveau pourvoi, est elle-même liée par les considérants de droit de son premier arrêt (ATF 106 IV 194 consid. 1c p. 197; 101 IV 103 consid. 2 p. 105); cette règle repose sur le principe de la chose jugée (art. 38 OJ; cf. ar-rêt 6A.37/1998, publié in SJ 1999 I 49 consid. 1). Cela vaut même si, du point de vue formel,

la décision attaquée a été annulée dans son entier (ATF 110 IV 116; 101 IV 103 consid. 2 p. 105).

L'arrêt de cassation du 10 avril 2001 a renvoyé la cause à l'autorité cantonale afin que cette dernière, après avoir complété l'état de fait de sa décision sur ce point, se prononce à nouveau sur la question de la prescription de l'infraction à l'art. 87 al. 3 aLAVS, ce qui pouvait impliquer qu'elle statue à nouveau sur la peine.
Il a en revanche écarté les autres griefs du recourant, en particulier celui par lequel ce dernier contestait sa condamnation pour abus de confiance au préjudice de la société Y._____. L'autorité cantonale ne pouvait donc pas revenir sur cette question et ne l'a du reste pas fait.
On peut toutefois se demander si l'arrêt de cassation, en tant qu'il admettait définitivement que la condamnation du recourant pour abus de confiance au préjudice de la société Y._____ était fondée, n'avait pas pour effet que la prescription de cette infraction cessait de courir.

En effet, même si, d'un point de vue formel, l'admission partielle d'un pourvoi entraîne l'annulation de l'arrêt attaqué dans son entier, ce dernier a force de chose jugée en tant qu'il porte sur des infractions qui n'ont pas ou pas valablement été contestées dans le pourvoi ou sur des infractions dont la réalisation est confirmée par l'arrêt de cassation. Sans doute, suivant la solution adoptée sur la question qu'elle est appelée à trancher à nouveau suite à l'arrêt de cassation, l'autorité cantonale peut être amenée à modifier la peine sanctionnant l'ensemble des infractions retenues; qu'il n'y ait pas encore de décision définitive sur la peine ne change toutefois rien au fait que, s'agissant des infractions qui n'ont pas ou pas valablement été contestées dans le pourvoi ou dont la réalisation a été confirmée par l'arrêt de cassation, le verdict de culpabilité est acquis. Que, pour de telles infractions, la prescription puisse reprendre son cours après le renvoi d'une affaire à l'autorité cantonale est pour le moins insatisfaisant.
Le nouveau droit de la prescription permettra certes d'y remédier; le projet de révision des dispositions générales du code pénal que le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales le 21 septembre 1998 prévoit en effet que la prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu (FF 1999 II 1787, 1939 ss, 2135) et, dans le cadre de la révision des dispositions du code pénal relatives à la prescription de l'action pénale en cas d'infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants, une disposition correspondante a été adoptée par le Parlement le 5 octobre 2001 (FF 2001 V 5480). Si, comme le prévoit l'actuel art. 337 CP, le nouveau droit de la prescription ne devait s'appliquer qu'aux infractions commises après son entrée en vigueur, le droit actuel demeurerait toutefois applicable pendant plusieurs années dans nombre de cas. On peut dès lors se demander si, eu égard au principe selon lequel il y a lieu de tenir compte, dans l'interprétation de la loi, d'une révision future de celle-ci (cf. ATF 110 II 293 consid. 2a p. 296; également ATF 118 IV 52 consid. 2c p. 55 et 117 IV 276 consid. 3c p. 379), il ne se justifierait pas d'admettre que l'admission partielle d'un pourvoi en nullité ne
fait pas repartir le délai de prescription pour les infractions qui n'ont pas ou pas valablement été contestées dans le pourvoi ou dont la réalisation a été confirmée par l'arrêt de cassation.

Pour les motifs exposés ci-après, la question peut cependant demeurer indécise en l'espèce.

3.- a) L'infraction prétendument prescrite, soit un abus de confiance au sens de l'art. 140 ch. 1 al. 2 aCP, est punissable de l'emprisonnement pour cinq ans au plus (art. 140 ch. 1 al. 3 aCP); pour cette infraction, la prescription ordinaire est donc de cinq ans (art. 70 al. 3 aCP) et, partant, la prescription absolue de sept ans et demi (art. 72 ch. 2 al. 2 CP).

b) Conformément à l'art. 71 CP, la prescription court du jour où le délinquant a exercé son activité coupable, du jour du dernier acte si cette activité s'est exercée à plusieurs reprises et du jour où les agissements coupables ont cessé s'ils ont eu une certaine durée.

L'abus de confiance est un délit instantané, qui, dans le cas de l'art. 140 ch. 1 al. 2 aCP, est consommé lorsque, sans droit, c'est-à-dire contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée (cf. ATF 121 IV 23 consid. 1c p. 25; 119 IV 127 consid. 2 p. 128), l'auteur utilise la chose fongible confiée à son profit ou au profit d'un tiers.

En l'espèce, le recourant avait reçu pour instruction de la société Y._____ d'établir à l'ordre de celle-ci les chèques des clients, de manière à ce que les fonds correspondants soient versés immédiatement à la société. C'est donc au moment où, contrairement aux instructions ainsi reçues, il a fait établir à son ordre le chèque de 7250 US$ émis le 15 juin 1993 par un client de la société, qu'il y a eu utilisation illicite de l'argent confié, autrement dit détournement, et, partant, que l'infraction a été commise. La prescription de l'infraction en cause a donc commencé à courir dès cette date, soit le 15 juin 1993, et non pas du jour où le recourant a finalement reversé l'argent à la société, le 10 septembre 1993, comme le retient l'arrêt attaqué, au demeurant sans motivation à l'appui.

c) Selon la jurisprudence, la prescription de l'action pénale cesse de courir avec le prononcé (Ausfällung) d'un jugement de condamnation exécutoire, qui ne peut plus faire l'objet que d'un recours extraordinaire analogue au pourvoi en nullité fédéral (ATF 121 IV 64 con-sid. 2 p. 65), c'est-à-dire qui est entré formellement en force (ATF 121 IV 64 consid. 2 p. 66). L'introduction d'un recours extraordinaire ne fait pas repartir le décompte du délai de prescription; cette dernière ne reprend son cours qu'avec la décision qui admet un tel recours et elle ne cesse de courir que lorsque l'autorité à laquelle la cause est renvoyée a statué à nouveau (ATF 116 IV 80 consid. 1 p. 81; 115 Ia 321 consid. 3e p. 325; 111 IV 87 consid. 3a p. 90 s.; 105 IV 98 con-sid. 2a; 96 IV 49 consid. 2 p. 52 s.; 92 IV 171 ss).

La jurisprudence considère comme déterminante pour la reprise du cours de la prescription après l'admission d'un recours extraordinaire tel que le pourvoi en nullité, la date de la notification (Eröffnung) de la décision qui admet un tel recours (ATF 111 IV 87 consid. 3a p. 90/91; 92 IV 172 consid. c p. 173), non pas la date de son prononcé (Ausfällung). Cette question n'a guère été discutée dans la doctrine, qui, le plus souvent, se borne à relever que la prescription reprend son cours après l'admission d'un recours extraordinaire (cf. NiklausSchmid, Strafprozessrecht, 3ème éd., Zurich 1997, n°586; Franco del Pero, La prescription pénale, Thèse de Lausanne 1993, p. 182). Parmi les rares auteurs qui traitent de la question, Schweri, en se référant à la jurisprudence précitée, relève que c'est la notification (Eröffnung) qui est déterminante, ce qu'il ne critique pas (cf. Schweri, Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Berne 1993, n°744). En revanche, Trechsel, en se référant simultanément à la jurisprudence relative à la question de savoir à quel moment la prescription cesse de courir après le prononcé d'un jugement de condamnation exécutoire entré en force, semble en déduire que c'est la date du prononcé
(Ausfällung) de la décision admettant un recours extraordinaire qui est déterminante (Trechsel, Kurzkommentar, 2ème éd., Zurich 1997, vor art. 70, n°11).
En principe, lorsqu'une décision est rendue en séance publique, son dispositif est ouvert séance tenante, et, dans les autres cas, il est notifié sans délai, généralement le lendemain au plus tard (cf. art. 37 al. 1 OJ pour les arrêts du Tribunal fédéral). Sous réserve de très rares exceptions, que l'on considère que la prescription recommence à courir du jour où la décision admettant un recours extraordinaire a été prononcée ou du jour où son dispositif a été notifié n'est donc pas décisif.
La question est plutôt de savoir si, pour la reprise de la prescription, c'est la notification du dispositif de la décision admettant un tel recours ou celle de cette décision motivée qui doit être prise en compte. A ce jour, la jurisprudence n'a pas été amenée à se prononcer sur cette question, qui ne semble pas avoir été abordée dans la doctrine.

Dès la notification de son dispositif, une décision ne peut plus être modifiée; d'un point de vue formel, il apparaît donc logique d'admettre que la prescription, qui a cessé de courir pendant la procédure d'un recours extraordinaire, reprend son cours dès la notification du dispositif de la décision admettant un tel recours. A cela on peut toutefois objecter que l'autorité qui est appelée à statuer à nouveau ensuite de l'admission d'un recours extraordinaire ne peut rien entreprendre aussi longtemps que les considérants de la décision qui admet un tel recours ne lui ont pas été notifiés et que le dossier ne lui est pas parvenu en retour; en outre, eu égard au respect du droit d'être entendu, à l'aménagement du droit de procédure, qui, suivant les cas, implique le renvoi de l'affaire en première instance, et pour des motifs d'organisation, l'autorité peut se trouver dans la situation de ne pas être à même de statuer à nouveau avant que la prescription n'intervienne.
En l'espèce, il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner la question plus avant, dès lors que même en admettant que, suite à l'arrêt de cassation, la prescription a recommencé à courir du jour où cet arrêt a été rendu, elle

n'était pas encore acquise.

d) La prescription a en effet couru du jour où l'infraction en cause a été commise, le 15 juin 1993, jusqu'à la date à laquelle la cour cantonale a statué pour la première fois, le 3 août 2000, sur le recours en réforme interjeté par le recourant contre le jugement de première instance, donc du 16 juin 1993 au 3 août 2000 inclus, soit pendant 7 ans 1 mois et 18 jours. Elle a ensuite cessé de courir pendant la procédure du pourvoi en nullité formé contre l'arrêt cantonal du 3 août 2000; en admettant qu'elle a repris son cours du jour où a été rendu l'arrêt de cassation du 10 avril 2001 qui renvoyait la cause à l'autorité cantonale, elle a couru à nouveau dès cette dernière date jusqu'à ce que l'autorité cantonale statue à nouveau, le 20 août 2001, soit du 11 avril 2001 au 20 août 2001 inclus, donc pendant 3 mois et 20 jours. A la date de l'arrêt attaqué, 7 ans 5 mois et 8 jours s'étaient donc écoulés, de sorte qu'il manquait 22 jours pour que la prescription absolue soit atteinte.

e) A l'instar du recours de droit public (art. 94 OJ), le pourvoi en nullité n'a pas effet suspensif de par la loi (art. 272 al. 7 PPF). Sur requête de l'intéressé, une décision cantonale exécutoire peut toutefois être munie de l'effet suspensif, soit par l'autorité cantonale compétente en attendant que l'intéressé dépose le pourvoi en nullité qu'il indique vouloir introduire, soit par la Cour de cassation du Tribunal fédéral ou son président après le dépôt du pourvoi. L'octroi de l'effet suspensif, le cas échéant, a toutefois uniquement pour effet de suspendre provisoirement l'exécution de la décision attaquée, mais ne modifie en rien la force de chose jugée de cette décision, de sorte qu'il ne fait pas courir à nouveau le délai de prescription de l'action pénale (cf.
ATF 106 Ia 155 consid. 3 à 5 p. 157 ss; 101 Ia 107 consid. 3 p. 9; 92 IV 171 consid. c p. 173). La jurisprudence n'admet d'exception à ce principe que si la décision qui accorde l'effet suspensif dispose expressément que l'entrée en force de la décision attaquée est suspendue ou si, dans le cas particulier, cela s'avère nécessaire pour sauvegarder des intérêts menacés (ATF 106 Ia 155 consid. 5 p. 160).

En l'espèce, aucune de ces deux hypothèses n'est réalisée. Contrairement à ce que soutient le recourant, le fait que, par ordonnance du 25 septembre 2001 du président de la cour cantonale, la décision attaquée a été munie de l'effet suspensif jusqu'à ce que le recourant passe sous l'autorité de la juridiction fédérale n'a donc pas eu pour effet de faire courir à nouveau le délai de prescription de l'action pénale.

Comme la prescription absolue n'était pas acquise au moment où l'arrêt attaqué a été rendu, ce dernier ne viole pas le droit fédéral en tant qu'il nie que l'infraction en cause soit prescrite. Le grief est donc infondé.

4.- Le pourvoi doit ainsi être rejeté. Comme il était d'emblée dénué de chances de succès, l'assistance judiciaire ne peut être accordée (art. 152 al. 1 OJ) et le recourant supportera les frais (art. 278 al. 1 PPF).

La cause étant tranchée, la requête d'effet suspensif devient sans objet.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le pourvoi.

2. Rejette la requête d'assistance judiciaire.

3. Met à la charge du recourant un émolument judiciaire de 800 francs.

4. Communique le présent arrêt en copie au mandataire du recourant, au Ministère public du canton de Vaud et à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois.

_____

Lausanne, le 28 janvier 2002

Au nom de la Cour de cassation pénale

du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président,

La Greffière,