[AZA 0/2]
6S.86/2001/ROD

COUR DE CASSATION PENALE
****

Séance du 10 avril 2001

Présidence de M. Schubarth, Président de la Cour.
Présents: 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 3 août 2000 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;

(infraction à l'art. 87 al. 3 aLAVS, prescription;
abus de confiance; filouterie d'auberge)

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._____, né en 1954, pour complicité de crime manqué d'escroquerie, violation de l'obligation de tenir une comptabilité, escroquerie par métier, abus de confiance, 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. Il a par ailleurs acquitté deux coaccusés.

En substance, il a été retenu que, depuis la fin des années 1980 jusqu'à juin 1997, X._____ s'était rendu coupable de plus d'une vingtaine d'infractions, notamment de divers abus de confiance et escroqueries ainsi que d'infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes, lésant ainsi de nombreuses personnes pour un montant considérable.

B.- Saisie d'un recours 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.

S'agissant des faits pertinents pour la présente cause, cet arrêt retient, en résumé, ce qui suit.

a) De 1985 à 1991, Y._____ a exploité l'agence immobilière Z._____ SA, dont X._____ a été le dirigeant effectif depuis le 1er avril 1990. Entre 1987 et 1994, ils ont déduit du salaire des employés les cotisations AVS-AI-APG-AC pour les années 1989 à 1991 à concurrence de 14.243, 35 fr., sans verser cette somme à la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS à laquelle l'entreprise était affiliée. Ces cotisations ont été utilisées dans l'intérêt de la société Z._____ SA, qui n'a pas été en mesure de les restituer lorsqu'elles ont été réclamées par la caisse.

A raison de ces faits, X._____ a été reconnu coupable d'infraction à l'art. 87 al. 3 aLAVS. Ecartant un grief de l'accusé, la cour cantonale a nié que l'infraction ainsi retenue soit atteinte par la prescription absolue.

b) Dès la fin janvier 1993, X._____ a oeuvré en qualité de commissionnaire pour une société américaine, A._____, active notamment dans la promotion immobilière.
Dans ce cadre, il a fait parvenir à B._____, à la demande de ce dernier, la documentation relative aux prestations offertes par le promoteur. B._____ a décidé d'acheter un terrain en Floride, d'une valeur de 29.000 US$, le paiement devant intervenir pour moitié au moyen de fonds propres et pour moitié au moyen d'un financement bancaire. Après avoir versé à A._____ un acompte de 7248 US$ le 19 mai 1993, B._____ a émis, le 15 juin 1993, un chèque de 7250 US$, ce montant correspondant au solde du financement prévu en fonds propres. X._____ a demandé que ce chèque soit établi à son ordre, contrairement aux instructions données par A._____, qui exigeait que les chèques soient établis à l'ordre de la société et non du commissionnaire. Il a conservé cet argent, qu'il n'a versé que le 10 septembre 1993 à A._____.

Ces faits ont été qualifiés d'abus de confiance au sens de l'art. 140 ch. 1 al. 2 aCP.
c) Entre le 27 janvier et le 24 juillet 1994, plusieurs personnes ont logé à l'Hôtel C._____. Les chambres avaient été réservées par X._____, qui avait déclaré à l'hôtelière que ces personnes étaient ses hôtes. Après avoir versé un acompte de 2000 fr. le 23 mars 1994, X._____, bien que relancé plusieurs fois, n'a plus rien payé. Ce n'est qu'en juin 1994 qu'il a réglé le solde des notes d'hôtel, au moyen de sa carte de crédit Visa, alors qu'il savait ne pas être en mesure d'honorer cette dette. L'organisme de crédit a refusé de payer l'hôtel, qui a subi un préjudice de 22.325, 30 francs.

Ces faits ont été considérés comme constitutifs de filouterie d'auberge au sens de l'art. 150 aCP.

C.- X._____ se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral. Contestant sa condamnation à raison des trois infractions mentionnées sous let. B ci-dessus, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué, en sollicitant l'assistance judiciaire.

Le Ministère public se réfère au préavis dans lequel il proposait le rejet du recours cantonal de X._____.

Considérant en droit :

1.- Le recourant ne conteste pas que les faits décrits sous let. B/a ci-dessus tombent sous le coup de l'art. 87 al. 3 aLAVS, mais prétend que cette infraction est absolument prescrite.
a) L'art. 87 al. 3 aLAVS réprime le comportement de celui qui, en sa qualité d'employeur, a déduit des cotisations du salaire d'un employé ou ouvrier et les a détournées de leur destination.

Selon la jurisprudence, il y a détournement des cotisations au sens de cette disposition, lorsque l'employeur omet de transférer les cotisations échues des employés à la dernière date possible, bien qu'il en ait eu la faculté ou parce que cela résulte d'une violation fautive du devoir de garder à disposition les fonds nécessaires.
La dernière date possible est celle à laquelle échoit le délai fixé par la caisse dans la procédure de sommation (ATF 122 IV 270 consid. 2c p. 274 s.).

b) Il est reproché au recourant d'avoir déduit les cotisations pour les années 1989 à 1991 du salaire des employés, de ne les avoir cependant pas versées à la caisse de compensation mais de les avoir utilisées dans l'intérêt de la société dont il était le dirigeant effectif, de sorte qu'il n'a pas été en mesure de les rembourser à la caisse lorsque celle-ci les lui a réclamées.
L'arrêt attaqué ne contient toutefois pas de constatation quant à la date d'échéance du délai fixé par la caisse dans la procédure de sommation, de sorte qu'il ne permet pas de déterminer à quel moment les détournements reprochés au recourant ont été commis. Les constatations de fait cantonales sont ainsi insuffisantes pour que la Cour de céans puisse trancher la question de savoir si et dans quelle mesure la prescription serait intervenue. Sur ce point, le pourvoi doit par conséquent être admis et l'arrêt attaqué annulé, la cause étant renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle statue à nouveau après avoir complété l'état de fait de sa décision.

2.- Le recourant soutient qu'il ne pouvait être condamné pour abus de confiance à raison des faits décrits sous let. B/b ci-dessus, faisant valoir qu'il n'est pas établi qu'il aurait employé à son profit les 7250 US$ qui lui

avaient été confiés.

a) L'art. 140 ch. 1 al. 2 aCP, applicable aux faits litigieux, réprime le comportement de "celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers une chose fongible, notamment une somme d'argent, qui lui avait été confiée".

Il y a emploi illicite d'une somme d'argent confiée si l'auteur l'utilise 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'al. 2 de l'art. 140 ch. 1 aCP, comme l'al. 2 de l'art. 138 ch. 1 CP, ne protège pas la propriété, mais le droit de celui qui a confié la somme d'argent à ce que celle-ci soit utilisée dans le but qu'il a assigné et conformément aux instructions qu'il a données; est ainsi caractéristique de l'abus de confiance au sens de cette disposition le comportement par lequel l'auteur démontre clairement sa volonté de ne pas respecter les droits de celui qui lui fait confiance (cf. ATF 121 IV 23 consid. 1c p. 25).
Tel est notamment le cas, selon la jurisprudence, lorsque l'auteur encaisse à son profit, contrairement aux instructions reçues, un chèque en blanc qui lui avait été remis, même si le compte est débiteur (ATF 119 IV 127 s.); il y a également utilisation illicite d'une somme d'argent confiée, lorsque, pour s'approprier des fonds, l'auteur dissimule un encaissement qu'il a effectué pour autrui (ATF 121 IV 23 ss); la jurisprudence mentionne encore le cas d'un employé de banque qui dispose, contrairement aux instructions reçues, d'une créance de la banque à la délivrance d'actions (ATF 120 IV 276 consid. 4 p. 280).

Du point de vue subjectif, l'auteur doit avoir agi intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime. Cette dernière condition est remplie lorsque celui qui devait tenir en tout temps le bien confié à disposition de l'ayant droit l'a utilisé à son profit ou au profit d'un tiers sans avoir à tout moment la volonté et la possibilité de le restituer immédiatement; s'il devait le tenir à disposition de l'ayant droit à un moment déterminé ou à l'échéance d'un délai déterminé, il doit avoir eu la volonté et la possibilité de le restituer à ce moment ou à cette échéance (ATF 118 IV 27 consid. 3a p. 29 s., 32 consid. 2a p. 34 et la jurisprudence citée). Le dessein d'enrichissement peut être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34); tel est le cas, lorsque l'auteur envisage l'enrichissement comme possible et agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait (ATF 105 IV 29 consid. 3a p. 36; cf. également ATF 123 IV 155 consid. 1a p. 156; 121 IV 249 consid. 3a p. 253 et les arrêts cités).

b) Selon les constatations de fait cantonales, le recourant avait reçu pour instruction de la société A._____, pour laquelle il oeuvrait en qualité de commissionnaire, d'établir les chèques des clients à l'ordre de celle-ci; il a cependant fait établir à son ordre le chèque de 7250 US$ émis le 15 juin 1993 par un client de la société, B._____, et n'a versé ce montant à la société que le 10 septembre 1993. Le recourant a donc utilisé les fonds versés par B._____ contrairement aux instructions qu'il avait reçues de A._____, qui exigeait que les chèques de clients soient émis à son ordre, de manière à ce que les fonds correspondants lui soient versés immédiatement. Il y a donc bien eu utilisation illicite de l'argent confié.

Le recourant fait valoir qu'il n'a en définitive pas utilisé l'argent pour ses besoins personnels, puisqu'il l'a transmis à la société quelque trois mois plus tard. Autant qu'il entendrait ainsi contester avoir causé un dommage à la société, on ne saurait le suivre; même s'il l'a finalement versé à la société, le recourant a gardé durant quelque trois mois l'argent par devers lui; durant ce laps de temps, la société en a été privée, subissant ainsi un dommage temporaire, ce qui suffit.
Dans la mesure où il entendrait soutenir qu'il ne s'est pas enrichi au préjudice de la société, il perd de vue qu'un enrichissement effectif n'est pas nécessaire; il suffit que l'auteur ait agi dans un dessein d'enrichissement, condition qui est notamment réalisée lorsque l'auteur, alors qu'il devait tenir le bien confié à la disposition de l'ayant droit à un moment déterminé, n'a pas eu la possibilité ou la volonté de le restituer à ce moment (cf. supra, let. a); or, comme le montre clairement son comportement, le recourant n'avait manifestement pas la volonté de tenir immédiatement à disposition de la société, comme il le devait, la somme litigieuse; au demeurant, il n'a pas été constaté que le recourant, qui ne le prétend pas, aurait eu à tout moment, durant le laps de temps pendant lequel il a conservé l'argent, la possibilité et moins encore la volonté de le restituer à la société.

La condamnation du recourant pour abus de confiance au sens de l'art. 140 ch. 1 al. 2 aCP ne viole donc pas le droit fédéral.

3.- Le recourant conteste que la filouterie d'auberge au sens de l'art. 150 aCP puisse être retenue à raison des faits décrits sous let. B/c ci-dessus, faisant valoir qu'il n'a pas lui-même logé à l'hôtel et que, bien qu'elle n'avait reçu qu'un acompte, l'hôtelière a continué à héberger les hôtes.

Aux termes de l'art. 150 aCP, il y a filouterie d'auberge lorsque l'auteur s'est fait héberger dans un hôtel ou une pension ou s'est fait servir des mets ou des boissons dans un restaurant ou une pension et qu'il frustre l'hôtelier du montant à payer.

Du texte de cette disposition, le recourant peut certes déduire que seul est réprimé le comportement de celui qui obtient de l'hôtelier des prestations pour lui-même; il s'agit en tout cas du cas typique auquel a songé le législateur. Même si on l'admet, cela ne signifie pas nécessairement que celui qui obtient des prestations pour autrui ne soit pas punissable, son comportement pouvant alors tomber sous le coup de la disposition réprimant l'escroquerie. Si tel n'est pas le cas, notamment parce le comportement de la victime ne permet pas de retenir une tromperie astucieuse, on peut se demander si l'art. 150 aCP, qui a été adopté afin d'assurer à l'hôtelier une protection supplémentaire pour les cas qui, faute de tromperie astucieuse, ne tombent pas sous le coup de la disposition réprimant l'escroquerie (cf. arrêt Str. 245/1983 du 7 septembre 1983 consid. 2a, publié in SJ 1984 p. 285 ss; ATF 75 IV 15 consid. 1 p. 16 ss), ne s'applique pas à titre subsidiaire.
La question peut toutefois demeurer indécise.
En effet, même celui qui ne bénéficie pas lui-même des prestations de l'hôtelier peut être l'auteur d'une filouterie d'auberge au sens de l'art. 150 aCP, lorsque, comme en l'espèce, il les obtient parce qu'il a assumé, par une réservation, l'obligation de les payer.

Au reste, le recourant allègue vainement que l'hôtelière a toléré que les hôtes demeurent à l'hôtel, alors même que, sous réserve d'un "modeste acompte", elle n'était pas payée. L'attitude du recourant, qui a réservé des chambres d'hôtel pour diverses personnes, qui y ont effectivement résidé, en indiquant qu'il s'agissait de ses hôtes, et qui, de surcroît, a payé un acompte, n'incitait pas à penser qu'il était incapable de payer ou refuserait de le faire, comme il s'y était engagé. Au demeurant, après le paiement de l'acompte, voyant que le recourant ne versait plus rien, l'hôtelière ne s'en est pas accommodée sans réagir, puisque, selon les constatations de fait cantonales, elle l'a relancé plusieurs fois. On ne se trouve donc pas dans l'hypothèse où un hôtelier aurait fourni ses prestations pendant longtemps sans recevoir une quelconque rémunération et sans réagir (cf. arrêt Str. 245/1983 du 7 septembre 1983 consid. 2a, publié in SJ 1984 p. 285 ss; ATF 75 IV 15 consid. 1 p. 18). Pour le surplus, il n'y a pas de raison de s'écarter de la jurisprudence selon laquelle la filouterie d'auberge n'est pas exclue du simple fait que l'hôtelier fournit ses prestations pendant longtemps, sans égard aux circonstances concrètes dont il
pourrait résulter qu'il a néanmoins été trompé dans son espoir d'être rémunéré pour les prestations fournies (cf. ATF 75 IV 15 consid. 1 p. 17 in fine); l'argumentation du recourant à ce sujet se réduit d'ailleurs à affirmer que cette jurisprudence devrait être modifiée.

Il n'était dès lors pas contraire au droit fédéral d'admettre que le recourant s'était rendu coupable de filouterie d'auberge au sens de l'art. 150 aCP.

4.- Vu l'issue du pourvoi, il ne sera pas perçu de frais et une indemnité de dépens sera allouée au mandataire du recourant pour la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 278 al. 3 PPF). La requête d'assistance judiciaire devient ainsi sans objet.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral,

1. Admet partiellement le pourvoi, annule l'arrêt attaqué et renvoie la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle

décision.

2. Dit qu'il n'est pas perçu de frais.

3. Dit que la Caisse du Tribunal fédéral versera au mandataire du recourant une indemnité de 2500 fr. à titre de dépens.

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 10 avril 2001

Au nom de la Cour de cassation pénale
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président, La Greffière,