

## **VD\_GERICHTE ZD15.016400 vom 25. Juli 2017**

VD Tribunal cantonal, 2017-07-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZD15.016400](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZD15.016400)

FR: VD\_GERICHTE ZD15.016400 du 25 juillet 2017

IT: VD\_GERICHTE ZD15.016400 del 25 luglio 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'AI (cf. art. 1 LAI [loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.20]). Les décisions sur opposition et celles - 17 - contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte – ce qui est le cas des décisions en matière d'AI (cf. art. 69 al. 1 let. a LAI) – sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (cf. art. 56, 58 LPGA et art. 69 al. 1 let. a LAI). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (cf. art. 60 al. 1 LPGA). Sous l'angle plus spécifique de la notification, on notera que les communications que les autorités administratives et judiciaires destinent aux parties qu'elles savent représentées par un mandataire doivent être adressées à celui-ci. Il s'agit là d'un principe général du droit des assurances sociales, commandé par la sécurité du droit, qui établit une règle claire quant à la notification déterminante pour le calcul du délai de recours (cf. TFA I 587/06 du 7 septembre 2006 consid. 4 avec les références citées). Quant à la notification à la seule partie représentée, elle est irrégulière (cf. consid. 3.1 non publié de l'ATF 133 V 147 [TF B 142/05 du 9 janvier 2007]). Cependant, la jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification ; la protection des parties est suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré l'irrégularité (cf. ATF 132 II 21 consid. 3.1 ; cf. TF 1C\_255/2016 du 14 octobre 2016 consid. 4.2 et les références citées). Lorsqu'une décision n'est pas notifiée au représentant – dont l'existence est connue de l'autorité – mais directement en mains de la partie, celle-ci doit, en vertu de son devoir de diligence, se renseigner auprès de son mandataire de la suite donnée à son affaire au plus tard le dernier jour du délai de recours depuis la notification de la décision litigieuse, de sorte qu'il y a lieu de faire courir le délai de recours dès cette date ; cette pratique a été confirmée à la lumière de la CEDH (Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; RS 0.101) et de la LPGA (cf. TF 9C\_296/2011 du 28 février 2012 consid. 5.1 et les références citées). En l'occurrence, l'intimé a incontestablement envoyé la décision du 23 mars 2015 au recourant personnellement – bien que le sachant représenté par un mandataire – et qui plus est à une ancienne

- 18 - adresse. Nonobstant ces irrégularités dans la notification de la décision attaquée, le recourant a été en mesure d'agir en temps voulu auprès de la présente juridiction, le 23 avril 2015, après avoir reçu la décision en cause « au plus tôt le 30 mars 2015 » (cf. mémoire de recours du 23 avril 2015 p. 2), ce dont l'intimé ne disconvient pas (cf. réponse du 2 juillet 2015 p. 1). On doit donc convenir que la notification a atteint son but malgré son irrégularité, respectivement qu'aucun préjudice n'en est résulté pour le recourant. Dans la mesure où le recours respecte pour le surplus les formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let.

b LPGA notamment), il est par conséquent recevable. b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (cf. art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (cf. art. 93 let. a LPA-VD).

## **E. 2**

a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision ; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (cf. ATF 125 V 413 consid. 2c et 110 V 48 consid. 4a ; cf. RCC 1985 p. 53). b) En l'occurrence, le litige porte sur la question de savoir si l'OAI était fondé, par décision du 23 mars 2015, à réclamer à l'assuré la restitution de prestations indues touchées durant la période du 1er octobre 2005 au 30 avril 2014, à hauteur de 153'831 francs.

- 19 -

## **E. 3**

a) A teneur de l'art. 25 al. 1 phr. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Ce principe vise simplement à permettre à l'OAI de rétablir une situation conforme au droit (cf. TF 9C\_700/2012 du 5 décembre 2012 consid. 7.3). Au regard de l'art. 25 LPGA et de la jurisprudence y relative (cf. en particulier : TF 9C\_86/2014 du 5 juin 2014 consid. 3.2), la procédure de restitution de prestations implique trois étapes distinctes : une première décision sur le caractère indu des prestations, une deuxième décision sur la restitution en tant que telle des prestations – qui comprend en particulier l'examen des effets rétroactifs ou non de la correction à opérer en raison du caractère indu des prestations à la lumière de l'art. 25 al. 1 phr. 1 LPGA et des dispositions particulières du RAI (règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.201) – et, le cas échéant, une troisième décision sur la remise de l'obligation de restituer au sens de l'art. 25 al. 1 phr. 2 LPGA (cf. art. 3 et 4 OPGA [ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11]). b) L'obligation de restituer implique que soient réunies les conditions d'une reconsidération (cf. art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (cf. art. 53 al. 1 LPGA) de la décision par laquelle les prestations ont été accordées (cf. ATF 130 V 318 consid. 5.2). Dans l'hypothèse d'une révision de rente au sens de l'art. 17 al. 1 LPGA, les conditions pour une restitution sont réunies, selon la jurisprudence (cf. ATF 142 V 259 consid. 3.2.1 ; cf. TF 8C\_85/2016 du 26 août 2016 consid. 2 et 9C\_245/2012 du 29 octobre 2012 consid. 5.1.1 avec les références), en cas de révision rétroactive au sens de l'art. 88bis al. 2 let. b RAI. Tel qu'applicable jusqu'au 31 décembre 2014, l'art. 88bis al. 2 let. b RAI prévoyait que la diminution ou la suppression de la rente d'invalidité prenait effet rétroactivement à la date où elle avait cessé de correspondre aux droits de l'assuré, s'il se l'était fait attribuer irrégulièrement ou s'il avait manqué, à un moment donné, à l'obligation de renseigner qui lui incombait raisonnablement selon l'art. 77 RAI. Dans sa

- 20 - teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2015 (RO 2014 3177), l'art. 88bis al. 2 let. b RAI énonce désormais que la diminution ou la suppression de la rente, de l'allocation pour impotent ou de la contribution d'assistance prend effet rétroactivement à la date où elle a

cessé de correspondre aux droits de l'assuré, s'il se l'est fait attribuer irrégulièrement ou s'il a manqué, à un moment donné, à l'obligation de renseigner qui lui incombe raisonnablement en vertu de l'art. 77 RAI, que la poursuite du versement de la prestation ait eu lieu ou non en raison de l'obtention irrégulière ou de la violation de l'obligation de renseigner. En vertu de l'art. 77 RAI, l'ayant droit ou son représentant légal ainsi que toute personne ou autorité à qui la prestation est payée, doit communiquer immédiatement à la caisse de compensation tout changement important qui peut avoir des répercussions sur le droit aux prestations, en particulier ceux d'entre eux qui concernent l'état de santé, la capacité de gain ou de travail, l'impotence, la situation personnelle et éventuellement économique de l'assuré. Cette disposition réglementaire doit être mise en relation avec l'art. 31 al. 1 LPGA, qui indique que l'ayant droit, ses proches ou les tiers auxquels une prestation est versée sont tenus de communiquer à l'assureur ou, selon les cas, à l'organe compétent toute modification importante des circonstances déterminantes pour l'octroi d'une prestation. Pour qu'il y ait violation de l'obligation de renseigner, il faut qu'il y ait un comportement fautif ; d'après une jurisprudence constante, une légère négligence suffit déjà (cf. ATF 112 V 97 consid. 2a ; cf. TF 8C\_266/2016 du 15 mars 2017 consid. 5.1.3). c) En l'occurrence, aux termes de son arrêt du 9 juillet 2015, la juridiction cantonale a considéré que le recourant avait violé son obligation de renseigner au sens des art. 31 al. 1 LPGA et 77 RAI dans la mesure où il n'avait pas annoncé des revenus d'activité lucrative alors même que, si ces montants avaient été communiqués, ils auraient mené à la suppression du droit à la rente en tous les cas depuis l'inscription de N.\_\_\_\_\_ SA au registre du commerce en septembre 2005. Partant, la rente devait être supprimée, par voie de révision (cf. art. 17 al. 1 LPGA et 88bis al. 2 let. b RAI), avec effet au 1er octobre 2005 (cf. CASSO AI 270/14 –

- 21 - 184/2015 précité consid. 5 et 6), ce que le Tribunal fédéral a confirmé par arrêt du 8 mars 2016 (cf. TF 9C\_569/2015 précité consid. 5 et 6). Cela étant, il ne saurait être question de revenir à ce stade sur le principe même du caractère indu des prestations versées à l'assuré depuis le 1er octobre 2005, ce point ayant été définitivement tranché. Partant, les arguments soulevés sur ce point par l'intéressé sont irrelevants. Plus spécifiquement, la juridiction de céans n'a plus à se prononcer sur la valeur probante du rapport d'enquête économique du 28 février 2014 critiqué par le recourant (cf. réplique du 25 août 2015 p. 6 s.), dès lors que l'analyse précédemment effectuée – notamment – sur cette base par les juges cantonaux a rencontré l'aval de la Haute Cour tant sur la forme (cf. TF 9C\_569/2015 précité consid. 3) que sur le fond (cf. TF 9C\_569/2015 précité consid. 5). Dans le présent contexte, seule doit donc être examinée la problématique de la restitution en tant que telle, durant la période du 1er octobre 2005 au 30 avril 2014. Pour le reste, on relèvera par surabondance que le recourant a eu suffisamment de temps pour se déterminer à l'issue de la procédure de suppression de rente (comme il en avait fait la requête [cf. mémoire de recours du 23 avril 2015 p. 7]) et qu'il n'en a tiré aucun argument à faire valoir dans le cadre de la présente affaire.

#### **E. 4**

Se pose à ce stade la question de l'étendue de l'obligation de restituer. a) A cet égard, il convient tout d'abord de revenir sur la modification de l'art. 88bis al. 2 let. b RAI entrée en vigueur au 1er janvier 2015 (cf. consid. 3b supra). L'impact essentiel de cette modification réside dans le fait que la jurisprudence subordonnait précédemment la suppression – ou la diminution – rétroactive d'une rente à l'existence d'un lien de causalité entre la violation du devoir d'informer (au sens de l'art. 77 RAI) et la

- 22 - perception de prestations indues (cf. ATF 142 V 259 consid. 3.2.1 ; cf. TF 8C\_387/2008 du 30 janvier 2009 consid. 2.2). Ce lien était interrompu dès que l'administration recevait l'annonce du changement de l'état des faits ayant une incidence sur le droit à la rente. Il en résultait que seules les rentes perçues à tort jusqu'au moment d'une annonce tardive étaient en principe sujettes à restitution et que, dès le mois suivant cette annonce, les rentes ayant continué d'être accordées ne devaient, en règle générale, plus être restituées (cf. ATF 119 V 431 consid. 4 et 118 V 214 consid. 3 ; cf. TF 9C\_400/2016 du 2 novembre 2016 consid. 6.2). Toutefois, avec la modification de l'art. 88bis al. 2 let. b RAI entrée en vigueur le 1er janvier 2015, ce lien de causalité n'est désormais plus exigé (cf. TF 8C\_813/2016 du 10 mars 2017 consid. 5 ; cf. également Commentaire de la modification du règlement sur l'assurance-invalidité [RAI] du 19 septembre 2014 p. 8 s. [<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/36605.pdf>]). En outre, après avoir laissé ouverte la question de l'applicabilité du nouvel art. 88bis al. 2 let. b RAI dans le cas d'une rente d'invalidité suspendue le 8 avril 2014 puis supprimée le 20 janvier 2015 avec effet rétroactif au 1er janvier 2011 (cf. TF 8C\_817/2016 précité loc. cit.), la Haute Cour a ultérieurement validé cette applicabilité dans le cas d'une rente d'invalidité suspendue dès le 19 février 2008 avant d'être supprimée le 4 août 2015 avec effet rétroactif au 1er novembre 2003 (cf. TF 9C\_599/2016 du 29 mars 2017 consid. 3.2.1 et 7.2/7.3). En l'occurrence, il a été retenu dans l'arrêt cantonal du 9 juillet 2015 qu'il existait un rapport de causalité entre le comportement qui devait être sanctionné et le dommage survenu, de sorte que la correction rétroactive décidée par l'OAI le 13 octobre 2014 devait être validée (cf. CASSO AI 270/14 – 184/2015 précité consid. 5b/ee). Ce constat, fondé sur l'ancienne version de l'art. 88bis al. 2 let. b RAI à l'égard d'une décision émise avant le 31 décembre 2014, ne peut cependant plus être transposé dans le contexte de la restitution demandée par l'OAI le 23 mars 2015. De fait, à la lumière de la jurisprudence fédérale (en particulier l'arrêt 9C\_599/2016 précité, rendu du 29 mars 2017), il appert que les circonstances du cas particulier tombent sous le coup de l'actuel art. 88bis al. 2 let. b RAI, dont la nouvelle teneur a abrogé l'exigence relative au lien

- 23 - de causalité – précisément parce que, selon l'ancienne pratique, les prestations versées entre la date où l'AI avait eu connaissance de l'irrégularité commise par l'assuré ou de faits entraînant un réexamen des prestations et la date de la décision finale étaient généralement irrécouvrables (cf. Commentaire précité de la modification du règlement sur l'assurance-invalidité [RAI] p. 9). Partant, il s'avère en l'espèce superflu de s'attarder sur la question de l'interruption de ce même lien de causalité et de l'étendue de la restitution au regard de la connaissance des faits fondant l'obligation de restituer. Il suffit de constater que dans la mesure où le versement indu de la rente résulte d'une violation de l'obligation de renseigner au sens des art. 31 al. 1 LPGA et 77 RAI, comme établi par la Cour de céans dans son arrêt du 9 juillet 2015 confirmé par le Tribunal fédéral (cf. let. B et consid. 4a supra), l'intimé était fondé à réclamer la restitution de la rente d'invalidité avec effet rétroactif, cela pour la période du 1er octobre 2005 au 30 avril 2014. b) Pour le surplus, le recourant ne soutient ni ne démontre que le calcul effectué par l'OAI pour déterminer le montant soumis à restitution – soit 153'831 fr. – serait erroné et l'examen du dossier n'apporte aucun élément concret incitant à s'en écarter. c) Conséquemment, il faut donc retenir que l'intimé était légitimé à demander au recourant la restitution d'un montant de 153'831 fr. correspondant aux rentes versées indûment du 1er octobre 2005 au 30 avril 2014.

## E. 5

Reste à déterminer si l'intimé a procédé à temps aux démarches nécessaires en vue d'obtenir la restitution de ce montant. a) Aux termes de l'art. 25 al. 2 phr. 1 LPGA, le droit de demander la restitution de prestations indûment touchées s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du motif de restitution, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Il s'agit là de délais (relatif et absolu) de péremption qui doivent être examinés d'office (cf. ATF 140 V 521 consid. 2.1).

- 24 - Selon la jurisprudence, le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où l'administration aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (cf. ATF 122 V 270 consid. 5a). L'administration doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde – quant à son principe et à son étendue – la créance en restitution à l'encontre de la personne tenue à restitution (cf. ATF 111 V 14 consid. 3). Si l'administration dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas encore à en établir le bien-fondé, elle doit procéder, dans un délai raisonnable, aux investigations nécessaires. A défaut, le début du délai de péremption doit être fixé au moment où elle aurait été en mesure de rendre une décision de restitution si elle avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Dans tous les cas, le délai de péremption commence à courir immédiatement s'il s'avère que les prestations en question étaient clairement indues (cf. TF 8C\_911/2014 du 30 novembre 2015 consid. 6.2.1 et 8C\_906/2014 du novembre 2015 consid. 5.2.1, avec les références). Le délai de péremption absolu de cinq ans prévu par l'art. 25 al. 2 phr. 1 LPGA signifie que si le délai d'une année a été respecté, la restitution ne peut porter que sur des paiements effectués dans les cinq ans précédant la demande de restitution. Ce délai ne commence pas à courir à partir de la date à laquelle la prestation aurait dû être versée selon la loi, mais à partir de celle à laquelle elle a été effectivement versée (cf. Michel Valterio, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], Genève/Zurich/Bâle 2011, n° 3262 p. 881). Les délais de péremption prévus à l'art. 25 al. 2 LPGA ne peuvent pas être interrompus. Lorsque l'autorité a accompli l'acte conservatoire que prescrit la loi, le délai se trouve sauvegardé, cela une fois pour toutes (cf. TF 9C\_400/2016 du 2 novembre 2016 consid. 3.1 avec les références citées).

- 25 - b) L'art. 25 al. 2 phr. 2 LPGA énonce en outre que, si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai plus long, celui-ci est déterminant. Lorsqu'il statue sur la créance de l'institution d'assurance en restitution de prestations indûment versées, le juge doit examiner, à titre préjudiciel, si les circonstances correspondant à une infraction pénale sont réunies et, partant, si un délai de péremption plus long que les délais relatifs et absolus prévus par l'art. 25 al. 2 LPGA est applicable dans le cas particulier. Pour que le délai de péremption plus long prévu par le droit pénal s'applique, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'infraction ait été condamné (cf. ATF 140 IV 206 consid. 6.2 et 118 V 193 consid. 4a ; voir également TF 8C\_592/2007 du 20 août 2008 consid. 5.3 avec les références). c) Aux termes de la décision attaquée, l'intimé a retenu que la créance était née d'un acte punissable et que la prescription pénale s'appliquait en lieu et place des délais relatif et absolu de l'art. 25 al. 2 LPGA. Pour le reste, l'OAI a renvoyé à la décision de suppression de rente du 13 octobre 2014, laquelle retenait en particulier que le comportement de l'assuré devait être qualifié d'escroquerie et le délai de prescription de

l'acte pénal conséquemment porté à quinze ans. Cela étant, il convient avant toute chose d'examiner si les circonstances de la présente affaire tombent sous le coup des délais de péremption plus long du droit pénal, ce qui exclurait les délais prévus par l'art. 25 al. 2 phr. 1 LPGA. aa) En ce qui concerne la notion d'escroquerie, l'art. 146 al. 1 CP (code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0) énonce qu'est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de

- 26 - faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. Pour cette infraction, le délai de prescription est de quinze ans (cf. art. 97 al. 1 let. b CP, entré en vigueur le 1er janvier 2007 [RO 2006 3459], et, anciennement, art. 70 al. 1 let. b aCP dans sa teneur en vigueur du 1er octobre 2002 au 31 décembre 2006 [RO 2002 2993]). La tromperie peut être réalisée non seulement par l'affirmation d'un fait faux, mais également par la dissimulation d'un fait vrai. A cet égard, on distingue la dissimulation d'un fait vrai par commission de celle par omission (improprement dite), laquelle ne peut constituer une tromperie que si l'auteur se trouve dans une position de garant, à savoir s'il a, en vertu de la loi, d'un contrat ou d'un rapport de confiance spécial, une obligation qualifiée de renseigner (cf. ATF 140 IV 206 consid. 6.3.1.2 et 140 IV 11 consid. 2.3.2). Dans le contexte plus spécifique des assurances sociales, l'assuré qui, en vertu de l'art. 31 LPGA, a l'obligation de communiquer toute modification importante des circonstances déterminantes pour l'octroi d'une prestation, ne respecte pas cette obligation et continue à percevoir les prestations allouées initialement à juste titre, n'adopte pas un comportement actif de tromperie. Le fait de continuer à percevoir les prestations allouées ne saurait être interprété comme la manifestation positive – par acte concluant – du caractère inchangé de la situation. Il convient en revanche d'analyser la situation de façon différente lorsque la perception de prestations est accompagnée d'autres actions permettant objectivement d'interpréter le comportement de l'assuré comme étant l'expression du caractère inchangé de la situation. Tel sera le cas lorsque l'assuré ne répond pas ou pas de manière conforme à la vérité aux questions explicites de l'assureur destinées à établir l'existence de modification de la situation personnelle, médicale ou économique ; il n'est en effet plus question alors d'une escroquerie par omission, mais d'une tromperie active (cf. ATF 140 IV 206 consid. 6.3.1.3 et 140 IV 11 consid. 2.4.1 et consid. 2.4.6 in fine ; cf. également TF 6B\_496/2015 du 6 avril

- 27 - 2016 consid. 2.2.1). On précisera encore que l'obligation d'annoncer toute modification des circonstances déterminantes (cf. art. 31 al. 1 LPGA) est l'expression du principe de la bonne foi entre administration et administré ; les devoirs résultant de l'application de ce principe constitutionnel ne suffisent pas à fonder une position de garant de l'assuré à l'égard de l'assureur (cf. ATF 140 IV 206 consid. 6.3.1.4 et 140 IV 11 consid. 2.4.5 avec les références). Pour qu'il y ait escroquerie, une simple tromperie ne suffit pas ; il faut encore qu'elle soit astucieuse. L'astuce est réalisée lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire (cf. ATF 135 IV 76 consid.

## **E. 5.2**

et les arrêts cités). L'astuce n'est pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle. Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle ait fait preuve de la plus grande diligence ou qu'elle ait recouru à toutes les mesures de prudence possibles pour éviter d'être trompée. L'astuce n'est exclue que si la dupe est coresponsable du dommage parce qu'elle n'a pas observé les mesures de prudence élémentaires qui s'imposaient. Une coresponsabilité de la dupe n'exclut l'astuce que dans des cas exceptionnels (cf. ATF 135 IV 76 consid. 5.2). Pour apprécier si l'auteur a usé d'astuce et si la dupe a omis de prendre des mesures de prudence élémentaires, il ne suffit pas de se demander comment une personne raisonnable et expérimentée aurait réagi à la tromperie. Il faut, au contraire, prendre en considération la situation particulière de la dupe, telle que l'auteur la connaît et l'exploite (ATF 128 IV 18 consid. 3a p. 21). Pour que le crime d'escroquerie soit consommé, l'erreur dans laquelle la tromperie astucieuse a mis ou conforté la dupe doit avoir déterminé celle-ci à accomplir un acte préjudiciable à ses intérêts

- 28 - pécuniaires ou à ceux d'un tiers. L'escroquerie ne sera consommée que s'il y a un dommage (cf. TF 6B\_130/2016 du 21 novembre 2016 consid. 2.1). Sur le plan subjectif, l'escroquerie est une infraction intentionnelle. L'intention doit porter sur tous les éléments constitutifs de l'infraction. L'auteur doit en outre avoir agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, correspondant au dommage de la dupe (cf. ATF 134 IV 210 consid. 5.3). bb) L'art. 87 LAVS, auquel renvoie l'art. 70 LAI, prévoit par ailleurs que celui qui, par des indications fausses ou incomplètes, ou de toute autre manière, aura obtenu, pour lui-même ou pour autrui, sur la base de la présente loi, une prestation qui ne lui revient pas (al. 1) ou celui qui aura manqué à son obligation de communiquer au sens de l'art. 31 al. 1 LPGA (al. 5) sera puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus lourde (al. 8). Le délai de prescription est ici de sept ans (cf. art. 97 al. 1 let. d CP applicable depuis le 1er janvier 2014 [RO 2013 4417], correspondant à l'art. 97 al. 1 let. c aCP dans sa teneur en vigueur du 1er janvier 2007 au 31 décembre 2013 [RO 2006 3459], et, anciennement, à l'art. 70 al. 1 let. c aCP dans sa teneur en vigueur du 1er octobre 2002 au 31 décembre 2006 [RO 2002 2993]). Il ressort de la systématique de la loi que l'existence de dispositions pénales spéciales exclut le fait que l'on puisse assimiler une simple violation du devoir d'annoncer au sens de l'art. 31 LPGA à une escroquerie au sens de l'art. 146 CP. Certes, les dispositions pénales précitées réservent l'existence d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus élevée. De telles infractions ne peuvent toutefois entrer en ligne de compte que dans la mesure où interviennent des circonstances qui dépassent la simple violation du devoir d'annoncer, sans quoi les dispositions pénales spéciales s'avèreraient superflues si on pouvait qualifier d'escroquerie une simple violation du devoir d'annoncer (cf. ATF 140 IV 206 consid. 6.3.2.2 et 140 IV 11 consid. 2.4.6).

- 29 - cc) Sauf disposition expresse et contraire de la loi, est seul punissable l'auteur d'un crime ou d'un délit qui agit intentionnellement, à savoir avec conscience et volonté ; l'auteur agit déjà avec intention, sous la forme du dol éventuel, lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte pour le cas où celle-ci se produirait (cf. art. 12 CP dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2007 [RO 2006 3459], anciennement art. 18 aCP [RO 54 781], applicable à l'art. 87 LAVS selon l'art. 333 al. 1 CP ; cf. ATF 113 V 256 consid. 4c). Il y a ainsi dol éventuel lorsque l'auteur envisage le résultat dommageable, mais agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se

produirait (cf. ATF 137 IV 1 consid. 4.2.3). Parmi les éléments extérieurs permettant de conclure que l'auteur s'est accommodé du résultat dommageable pour le cas où il se produirait figurent notamment la probabilité, connue par l'auteur, de la réalisation du risque et l'importance de la violation du devoir de prudence. Plus celles-ci sont grandes, plus sera fondée la conclusion que l'auteur, malgré d'éventuelles dénégations, avait accepté l'éventualité de la réalisation du résultat dommageable (cf. ATF 138 V 74 consid. 8.4.1 et 133 IV 222 consid. 5.3). Le dol éventuel peut notamment être retenu lorsque la réalisation du résultat devait paraître suffisamment vraisemblable à l'auteur pour que son comportement ne puisse raisonnablement être interprété que comme une acceptation de ce risque (cf. ATF 137 IV 1 consid. 4.2.3 et 133 IV 222 consid. 5.3 avec les arrêts cités). dd) Dans le cas particulier, il convient de rappeler que selon l'arrêt cantonal du 9 juillet 2015, l'assuré a violé son obligation de renseigner au sens des art. 31 al. 1 LPGA et 77 RAI dans la mesure où « [...] il a non seulement omis de renseigner l'OAI sur ses activités de promoteurs, mais il l'a également induit en erreur en déclarant lors de la révision de la rente qu'il était sans activité lucrative et en minimisant gravement par la suite son rôle auprès de ses sociétés ainsi que ses revenus » (cf. CASSO AI 270/14 – 184/2015 précité consid. 5b/ee). Le Tribunal fédéral a confirmé ces manquements dans son arrêt du 8 mars 2016, en considérant que « [q]uoi qu'en dise le recourant, il ne lui

- 30 - appartenait pas de choisir les activités lucratives qu'il devait annoncer aux organes de l'AI. En effet, l'obligation de communiquer les activités exercées n'était pas limitée à l'époque de la demande de prestations (ch. 6.3 de la demande du 20 janvier 2004), mais perdurait en tout temps (cf. art. 31 al. 1 LPGA et 77 RAI). L'obligation d'annoncer les changements de salaire ou de situation économique, par exemple le début ou la cessation d'une activité lucrative, figurait d'ailleurs en toutes lettres dans la motivation de la décision du 4 octobre 2007. En ce qui concerne les revenus réalisés, les premiers juges ont constaté que la caisse AVS avait procédé à des reprises de salaires qui étaient passées en force. Une correction réalisée à l'occasion d'un contrôle d'employeur, pour les années 2005 à 2007, notamment en lien avec les postes " frais de véhicules " et " divers " du bilan de l'employeur, avait ainsi abouti à une réévaluation des montants à la hausse, soit un salaire de 138'974 fr. en 2005 et 2006, 113'234 fr. 2007 et 163'000 fr. en 2009 (jugement attaqué, consid. 5b/cc p. 33-34). En regard des revenus pris en compte dans la décision du 4 octobre 2007, de tels salaires excluent d'emblée un taux d'invalidité ouvrant droit à la rente » (cf. TF 9C\_569/2015 précité consid. 5.2). Au regard de ces considérations, sur lesquelles il n'y a plus lieu de revenir (cf. consid. 3c supra), force est d'admettre que l'assuré n'a pas simplement omis d'annoncer ses activités de promoteur à l'administration – et ce nonobstant l'avertissement spécifique contenu à cet égard dans la décision d'octroi de rente du 4 octobre 2007 – mais il n'a de surcroît pas répondu de manière conforme à la vérité aux questions explicites de l'assureur destinées à établir l'existence d'une modification de sa situation personnelle, médicale ou économique. Or, ce comportement doit être assimilé à une tromperie active selon la jurisprudence relative à l'escroquerie telle qu'évoquée plus haut (cf. consid. 5c/aa supra). Cette tromperie repose en outre sur des manœuvres frauduleuses de la part du recourant, dont le comportement trahit une volonté de ne pas éveiller les soupçons de l'OAI qui n'avait donc pas de motif de procéder à des vérifications plus approfondies que dans n'importe quel autre cas. En effet, s'il est admis que le recourant a induit l'office en erreur lorsqu'il a complété le formulaire de révision de rente du

- 31 - 1er avril 2009 (cf. CASSO AI 270/14 – 184/2015 précité consid. 5b/ee), il faut y ajouter que les extraits de compte individuel AVS indiquaient initialement des revenus allant de 10'000 fr. à 65'000 fr. entre 2002 et 2009, alors qu'une actualisation effectuée par la caisse de compensation a abouti à une hausse significative de ces montants (138'974 fr. en 2005 et 2006, 113'234 fr. en 2007, 163'000 fr. en 2009), notamment en lien avec les postes « frais de véhicules » et « divers » du bilan. Le recourant n'a jamais divulgué à quoi pouvaient correspondre les reprises effectuées, dont l'ampleur (plus de 100'000 fr. pour les années 2005 et 2006) ne peut être expliquée par d'éventuels frais de véhicules (cf. CASSO AI 270/14 – 184/2015 précité consid. 5b/cc). Force est d'en déduire que l'assuré cherchait, par ce biais, à cacher des revenus. De surcroît, entendu le 21 février 2011, l'assuré a persisté dans des déclarations fallacieuses visant à confondre l'OAI quant à l'organisation de l'entreprise W.\_\_\_\_\_ SA en indiquant tout d'abord que cette société allait fermer et qu'il ignorait l'identité des repreneurs, pour admettre ensuite que la société allait être reprise par ses propres enfants ; il a également cherché à entretenir le doute s'agissant de la société N.\_\_\_\_\_ SA, en affirmant que son état de santé – pourtant inchangé – ne lui permettait pas d'en être le directeur mais qu'il avait paradoxalement occupé cette fonction jusqu'à l'année précédente (cf. procès-verbal d'entretien du 21 février 2011 ; cf. également CASSO AI 270/14 – 184/2015 précité consid. 5b/aa). L'attitude dissimulatrice de l'assuré a également été observée par l'experte F.\_\_\_\_\_ qui a relevé un certain nombre de contradictions et discordances entre l'activité décrite par l'assuré auprès de W.\_\_\_\_\_ SA et le descriptif de poste de directeur technique fait par l'un de ses collaborateurs en 2004, des difficultés à savoir quel travail il effectuait actuellement auprès de W.\_\_\_\_\_ SA, celui-ci répondant au téléphone tout en expliquant qu'il n'avait plus aucune nouvelle de cette société léguée à ses enfants depuis plusieurs années, et des discordances entre le très bon état général de l'assuré et les traces d'utilisation des mains constatées, ainsi que le type et le taux d'activité qu'annonçait exercer l'intéressé (cf. rapport d'expertise du 30 juillet 2012 pp 26 ss ; cf. CASSO AI 270/14 – 184/2015 précité let. B.a). L'assuré a poursuivi dans cette voie dans le cadre de l'analyse pour indépendants effectuée le 20 décembre

- 32 - 2013, pour laquelle seul un petit échantillon des comptes de W.\_\_\_\_\_ SA et N.\_\_\_\_\_ SA a été transmis, ce qui a compliqué l'évaluation du volume d'affaire et de son évolution. Ce nonobstant, l'analyse a montré que, malgré ses problèmes de santé, l'assuré avait pu créer une entreprise de promotion immobilière, trouver le financement, racheter une surface artisanale, mettre en location et aménager des surfaces, être responsable d'un consortium dans le cadre de la construction d'une halle à Q.\_\_\_\_\_, créer un consortium d'indicateurs et poursuivre des démarches pour étendre ses constructions dans la zone de Q.\_\_\_\_\_ (cf. rapport d'analyse économique pour les indépendants du 28 février 2014 p. 7 ; cf. CASSO AI 270/14 – 184/2015 précité consid. 5b/dd). En parallèle, il est apparu que les revenus respectifs de l'assuré et de son épouse avaient suivi une évolution inverse – les premiers à la baisse, les seconds à la hausse – dès l'année suivant la création de N.\_\_\_\_\_ SA, sans aucune explication (cf. rapport d'analyse économique pour les indépendants du 28 février 2014 pp 4 s. et 9). De ce qui précède, il faut conclure que l'assuré a bel et bien eu recours à des manœuvres astucieuses afin de tromper l'office intimé. Pour le reste, il est manifeste que l'attitude du recourant a induit l'OAI en erreur, que cette erreur a abouti au versement d'une rente d'invalidité alors même que l'intéressé n'y avait pas droit et que, de ce fait, un dommage pécuniaire a été porté aux intérêts de la collectivité publique. Enfin, le recourant ne pouvait ignorer l'importance que revêtait la communication de toute information d'ordre économique le

concernant, et cela quel que soit son taux d'invalidité, dans la mesure où ce devoir figure expressément dans la loi et est valable dès le dépôt de la demande de prestations (cf. art. 28 al. 2 LPGA ; cf. CASSO AI 270/14 – 184/2015 précité consid. 5b/ee), son existence étant du reste rappelée dans la décision d'octroi de rente du 4 octobre 2007. Dans ces conditions, force est d'admettre que l'assuré était conscient qu'il retenait des informations qu'il avait l'obligation de transmettre à l'OAI, commettant ainsi un acte par dol éventuel (cf. en matière de prestations complémentaires, concernant

- 33 - l'omission d'annoncer l'acquisition d'un bien immobilier : ATF 140 IV 206 consid. 6.5). Peu importe, au surplus, l'issue de la plainte pénale déposée par l'OAI à l'encontre du recourant, dès lors que la question de savoir si le délai de péremption pénal s'applique est indépendante de l'existence d'une procédure pénale (cf. consid. 5b supra). Au demeurant, on notera que selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales n'est pas lié par les constatations de fait et l'appréciation du juge pénal et peut s'en écarter notamment si les faits établis au cours de l'instruction pénale et leur qualification juridique se fondent sur des considérations spécifiques du droit pénal qui ne sont pas déterminantes en droit des assurances sociales (ATF 125 V 237 consid. 6a et les références). Sur le vu de ce qui précède, il convient de constater que le recourant réalise les conditions de l'infraction réprimée à l'art. 146 al. 1 CP, de sorte que le délai de péremption de plus longue durée prévu par le droit pénal, soit en l'occurrence quinze ans (cf. art. 97 CP), est par conséquent applicable. d) Le délai précité ayant été sauvegardé par la décision du 23 mars 2015, il s'avère ainsi que la demande en restitution n'est pas périmée et que le recourant peut donc se voir réclamer les prestations perçues à tort en tant qu'elles concernent la période du 1er octobre 2005 au 30 avril 2014, à concurrence de 153'831 fr. (cf. consid. 6b supra).

## **E. 6**

Cela étant, il convient d'admettre que l'administration de preuves supplémentaires – singulièrement la mise en œuvre d'une expertise économique, ainsi que l'audition de l'assuré et de son épouse (cf. réplique du 23 novembre 2015 p. 8) – ne serait pas de nature à modifier les considérations qui précèdent et s'avère par conséquent superflue (appréciation anticipée des preuves : cf. ATF 130 II 425 consid. 2.1, 122 II 464 consid. 4a, 122 III 219 consid. 3c, 120 Ib 224 consid. 2b, et 119 V 335 consid. 3c avec la référence).

- 34 -

## **E. 7**

Il faut finalement rappeler que le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose en réalité de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire : s'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question ou conteste que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale sont réunies, il doit s'opposer à la décision de restitution dans un délai de trente jours ; en revanche, s'il admet avoir perçu indûment les prestations, mais qu'il invoque sa bonne foi et les difficultés économiques qu'il rencontrerait en cas d'un remboursement, il doit présenter une demande de remise au sens des art. 3 à 5 OPGA (cf. consid. 3a supra). Dans la mesure où cette requête ne peut être traitée sur le fond que si la demande de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font donc l'objet d'une procédure distincte (cf. art. 4 al. 2 OPGA ; cf. également Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3e édition, Zurich/Bâle/Genève 2015, n° 53 ad art. 25 LPGA p. 392 s.). Or en l'espèce, la décision en cause paraît traiter déjà de la remise. Cette façon de procéder est pourtant contraire aux dispositions précitées de l'OPGA. On donnera donc acte au recourant

du fait qu'il lui sera loisible de déposer une demande de remise à l'entrée en force de la décision attaquée, selon les formes prescrites (cf. art. 4 al. 4 OPGA). Dans cette hypothèse, il appartiendra ensuite à l'administration d'apprécier la gravité de la violation de l'obligation de renseigner commise par le recourant et de déterminer s'il peut ou non se prévaloir de sa bonne foi ; le cas échéant, sa situation financière sera également examinée.

#### **E. 8**

a) En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. b) En tant que la présente contestation ne porte pas sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI, il n'y a pas lieu de déroger ici à l'art. 61 let. a LPGA (cf. art. 69 al. 1bis LAI a contrario), de sorte que le présent arrêt doit être rendu sans frais.

- 35 - Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, le recourant n'obtenant pas gain de cause (cf. art. 55 al. 1 LPA-VD et 61 let. g LPGA).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.