

## **GE\_GERICHTE A/3748/2007 vom 18. November 2008**

GE Cour de justice, 2008-11-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_3748\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3748_2007)

FR: GE\_GERICHTE A/3748/2007 du 18 novembre 2008

IT: GE\_GERICHTE A/3748/2007 del 18 novembre 2008

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 18.11.2008  
A/3748/2007

A/3748/2007 ATAS/1338/2008 du 18.11.2008 ( AI ) , ADMIS En fait En droit  
RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/3748/2007  
ATAS/1338/2008 ARRET DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES  
SOCIALES Chambre 1 du 18 novembre 2008 En la cause Monsieur P \_\_\_\_\_, soit  
pour lui sa mère Mme Q \_\_\_\_\_, domiciliée à MEYRIN, comparant avec élection de  
domicile en l'étude de Maître MAUGUE Eric recourant contre OFFICE CANTONAL DE  
L'ASSURANCE-INVALIDITE, sis rue de Lyon 97, GENEVE intimé EN FAIT L'enfant  
Q \_\_\_\_\_ P \_\_\_\_\_, d'origine portugaise et né à Genève en 1994, a vécu  
environ une année dans ce canton avec ses parents avant de retourner dans son pays  
d'origine. Le 26 octobre 2005, l'enfant est revenu vivre à Genève avec sa mère, Madame  
Q \_\_\_\_\_, de nationalité suisse, qui avait divorcé entre-temps. Le 23 mai 2006, la  
mère de l'enfant a présenté à l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OCAI)  
une demande de prestations visant à l'obtention de mesures médicales, de subsides pour la  
formation scolaire spéciale et d'une allocation pour impotent en faveur de son fils. Celui-ci  
souffrait dès sa naissance d'une infirmité congénitale, à savoir d'infirmité motrice cérébrale  
et d'autisme. Selon le questionnaire d'allocation pour impotent complété le 22 mai 2006,  
l'enfant avait besoin d'une aide régulière et importante d'autrui pour se vêtir/se dévêtir, pour  
couper les aliments et les porter à la bouche, pour se laver/se peigner/se baigner/se doucher,  
pour aller aux toilettes/pour contrôler la propreté après être allé aux toilettes, pour se  
déplacer à l'extérieur et pour établir des contacts avec l'entourage. La mère, et la sœur  
quelquefois, apportaient l'aide nécessaire. L'enfant avait besoin de surveillance personnelle  
de jour et de nuit et il ne pouvait pas rester seul même cinq minutes en dehors des heures  
d'école et ce depuis toujours. Dans un rapport du 7 août 2006, le Dr A \_\_\_\_\_,  
neuropédiatre, a retenu le diagnostic de syndrome polymalformatif sans diagnostic précis et  
de psychose primaire de type autistique (infirmité congénitale au sens de l'OIC n° 401). Ces  
affections empêchaient l'enfant de fréquenter l'école ou de suivre une formation  
professionnelle et ce depuis le 2 février 2006. L'enfant avait présenté à la naissance de  
nombreux signes dysmorphiques sans qu'un diagnostic précis puisse être posé. Il souffrait  
d'un retard sévère, son âge mental étant estimé à moins de trois ans, de traits autistiques  
avec des stéréotypes, de mouvements d'auto-agressivité, de difficultés alimentaires ; de  
plus, il ne parlait pas, à l'exception de quelques mots isolés. Depuis son retour à Genève, il  
était suivi par le Service médico-pédagogique et avait été intégré par la Dresse  
B \_\_\_\_\_ au Centre de jour de Bellerive. Il devait être surveillé en permanence en  
raison d'une activité débordante, il se blessait facilement et semblait être insensible à la  
douleur. Selon le Dr A \_\_\_\_\_, l'enfant nécessitait une assistance et une surveillance  
personnelles engendrant des frais supplémentaires par rapport à une personne non

handicapée, soit une impotence de degré moyen, et ce depuis le 19 novembre 1996. Le 11 décembre 2006, l'OCAI a communiqué aux parents de l'enfant un projet de décision refusant la prise en charge de la formation scolaire spéciale, au motif que les conditions d'assurance n'étaient pas réalisées. L'OCAI a en effet considéré que bien que né à Genève, l'enfant n'avait pas séjourné en Suisse plus d'une année de manière ininterrompue avant le besoin de formation scolaire spéciale en février 2006. Par décision du 5 février 2007, l'OCAI a confirmé le refus des prestations de formation scolaire spéciale. Par projet de décision du 19 février 2007, confirmé en date du 26 mars 2007, l'OCAI a refusé la prise en charge de mesures médicales pour les mêmes raisons. L'affection congénitale avait été diagnostiquée et traitée pour la première fois lorsque l'enfant était établi au Portugal. Un projet de décision a été établi le 12 juillet 2007, refusant l'allocation pour impotent. L'OCAI a à cet égard constaté que la survenance de l'invalidité pour l'impotence pouvait être fixée au plus tôt à l'âge de deux ans et qu'à cette date l'enfant vivait au Portugal. Le 31 juillet 2007, la mère de l'enfant a rappelé que celui-ci était né à Genève et a dès lors prié l'OCAI de reconsidérer son projet de décision. Par décision du 17 septembre 2007, l'OCAI a confirmé le refus d'allocation pour impotent. La mère de l'enfant a interjeté recours le 5 octobre 2007 contre cette décision. Par courrier du 13 novembre 2007, Me Eric MAUGUE s'est constitué pour la défense des intérêts de Madame Q\_\_\_\_\_, elle-même agissant en qualité de représentante légale de l'enfant. Il rappelle que tant la mère que le père de l'enfant ont travaillé pendant plusieurs années aussi bien en Suisse qu'au Portugal. Suite au divorce intervenu au Portugal en 2001, la mère est revenue en Suisse en octobre 2005 avec son fils et elle bénéficie de prestations de l'Hospice général. Selon le mandataire du recourant, le cas d'espèce doit être examiné à la lumière de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes (ALCP) et non pas au regard de la Convention bilatérale de sécurité sociale entre la Suisse et le Portugal. Il rappelle que l'art. 2 du règlement 1408/71 définit la notion de travailleur de manière très large, désignant toute personne assurée au titre d'une assurance obligatoire ou facultative continuée contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches de la sécurité sociale même s'il n'exerce pas d'activité professionnelle au moment de la survenance du risque. Les membres de la famille sont inclus dans cette définition. Or, la mère de l'enfant est assujettie aux assurances sociales obligatoires suisses en tant que personne non active; en conséquence son fils entre dans le champ d'application du règlement. Par ailleurs l'art. 3 de ce règlement interdit les discriminations directes ou déguisées fondées sur la nationalité notamment dans l'octroi de prestations. Il en conclut que l'enfant peut prétendre à une allocation pour impotent au sens de l'art. 42 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI), au même titre qu'un enfant mineur suisse. Il suffit à cet égard qu'il réside en Suisse (art. 42 al. 1 LAI), ce qui est le cas. Dans sa réponse du 14 janvier 2008, l'OCAI souligne au contraire que les enfants mineurs ne sont pas soumis à l'ALCP, dans la mesure où ils n'ont jamais exercé une activité lucrative et ne peuvent dès lors être considérés comme personnes actives. Partant, l'enfant ne tombe pas dans le champ d'application personnel du règlement 1408/71 en tant que travailleur, de sorte qu'il ne peut pas prétendre à une allocation pour impotent. Il ne peut pas non plus y prétendre au titre de membre de la famille d'un travailleur, une telle allocation étant un droit propre de l'enfant et non pas un droit dérivé. L'OCAI considère ainsi que seul l'art. 11 de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Portugal est applicable, et plus particulièrement les art. 6 al. 2 et 9 al. 3 LAI. Il conclut dès lors au rejet du recours. Dans sa réplique du 28 janvier 2008, la mère de l'enfant, représentée par son

mandataire, conteste l'interprétation faite par l'OCAI et se réfère à un arrêt publié à l'ATF 133 V 320, confirmé par un arrêt du 10 décembre 2007, cause n° 9C.348/2007. Aussi, selon elle, l'enfant entre-t-il sans aucun doute dans le champ d'application personnel de l'ALCP et plus précisément du règlement 1408/71, et l'allocation pour impotent doit-elle être considérée comme une prestation de maladie au sens de l'art. 4 par. 1 let. a du règlement 1408/71 (ATF H 289/03 et I 667/05; ATF 133 V 320 consid. 5.6). L'OCAI s'est déterminé le 28 février 2008. Il rappelle que le TF a clairement rejeté l'idée que les allocations pour impotent de l'assurance-invalidité soient des prestations de maladie au sens de l'art. 4 par. 1 let. a du règlement 1408/71; l'avis de Mme R\_\_\_\_\_ dans le RSAS 5/2007 est contraire à cette jurisprudence. Il souligne que l'ATF 133 V 320 cité par le mandataire ne concerne pas les allocations pour impotent mais uniquement les mesures médicales, ces jurisprudences confirmant que seules les mesures médicales AI peuvent être assimilées à des prestations maladie au sens du droit européen. Or, tel ne saurait être le cas de l'allocation pour impotence. Par courrier du 13 mars 2008, le recourant a persisté dans ses conclusions, tout en maintenant que les deux arrêts cités, soit le H 289/03 du 17 février 2006 et le I 667/05 du 24 juillet 2006 rangent explicitement l'allocation pour impotent dans les prestations pour maladie au sens de l'art. 4 par. 1 let. a du règlement 1408/71. Ce courrier a été transmis à l'OCAI et la cause gardée à juger. EN DROIT Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant des modifications législatives notamment dans le droit de l'assurance-invalidité. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge des assurances sociales se fonde en principe, pour apprécier une cause, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision sur opposition litigieuse (ATF 129 V 4 consid. 1.2; 169 consid. 1; 356 consid. 1 et les arrêts cités). En l'espèce, la décision litigieuse a été rendue en date du 17 septembre 2007 et concerne le droit éventuel à l'octroi d'une allocation pour impotent susceptible de prendre naissance, au plus tôt, le 26 octobre 2005, lorsque l'enfant Joao a établi sa résidence habituelle et son domicile en Suisse; le présent litige sera ainsi examiné à la lumière des dispositions de la LPGA. En ce qui concerne la procédure et à défaut de règles transitoires contraires, la LPGA et son ordonnance d'application s'appliquent sans réserve dès le jour de leur entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b; 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 60 LPGA). Le litige porte sur le droit de l'enfant, ressortissant portugais, à une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité suisse. a. L'art. 42 LAI dispose que les assurés impotents (art. 9 LPGA) qui ont leur domicile et leur résidence habituelle (art. 13 LPGA) en Suisse ont droit à une allocation pour impotent, sous réserve de l'art. 42bis. Cette dernière disposition énonce à son al. 2 que les étrangers mineurs ont droit à l'allocation pour impotent s'ils remplissent les conditions prévues par l'art. 9 al. 3 LAI, c'est-à-dire si, en sus d'avoir leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse, ils remplissent eux-mêmes les conditions prévues à l'art. 6, al. 2 LAI - à savoir s'ils comptent, lors de la survenance de l'invalidité, au moins une année entière de cotisations ou dix ans de résidence ininterrompue en Suisse - ou si, lors de la survenance de l'invalidité, leur père ou mère compte, s'il s'agit d'une personne

étrangère, au moins une année entière de cotisations ou dix ans de résidence ininterrompue en Suisse (let. a) et si eux-mêmes sont nés invalides en Suisse ou, lors de la survenance de l'invalidité, résidaient en Suisse sans interruption depuis une année au moins ou depuis leur naissance (let. b). b. La condition de la durée minimale d'une année de résidence sans interruption (art. 9 al. 3 lettre b LAI) doit être remplie au moment de la survenance de l'évènement assuré ayant provoqué l'impotence. (OFAS, Directives concernant les rentes, état au 1er janvier 2007, n° 8107). c. Selon l'art. 4 al. 2 LAI, l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération. Ce moment doit être déterminé objectivement, d'après l'état de santé; des facteurs externes fortuits n'ont pas d'importance. Il ne dépend en particulier ni de la date à laquelle une demande a été présentée, ni de celle à partir de laquelle une prestation a été requise, et ne coïncide pas non plus nécessairement avec le moment où l'assuré apprend, pour la première fois, que l'atteinte à sa santé peut ouvrir droit à des prestations d'assurance (ATF 126 V 9 consid. 2b; 160 consid. 3a; 118 V 82 consid. 3a et les références). S'agissant du droit à une allocation pour impotent, la survenance de l'invalidité se situe le premier jour au cours duquel toutes les conditions de ce droit sont réalisées (art. 35 al. 1 RAI). a. En l'espèce, selon l'OCAI, la date de la survenance de l'invalidité doit être fixée au 19 novembre 1996; à cette date, le recourant, un mineur étranger selon l'art. 42bis LAI, était âgé de 2 ans et résidait au Portugal. Cela étant, l'enfant ne remplirait pas l'une des conditions posées par l'art. 9 al. 3 LAI, à savoir celle d'une année de résidence sans interruption en Suisse au moment de la survenance de l'évènement assuré ayant provoqué l'impotence. b. Le recourant invoque le principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale consacré à l'art. 3 du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (ci-après: règlement n° 1408/71; RS 0.831.109.268.1). Il fait également valoir une violation du principe de l'égalité de traitement prévu par l'art. 9 al. 2 de l'annexe I à l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681). L'OCAI a considéré que ces dispositions ne seraient pas applicables, dès lors que le recourant, en tant que membre de la famille d'un travailleur, n'entre pas dans le champ d'application personnel du règlement 1408/71 en ce qui concerne l'allocation pour impotent requise, qui relèverait d'un droit propre et non d'un droit dérivé tiré d'un travailleur soumis au règlement. c. La question de savoir si la date de survenance de l'invalidité remonte effectivement à 1996, soit à un moment où le recourant résidait à l'étranger, peut demeurer indéterminée dès lors qu'en tout état de cause les conditions supplémentaires de l'art. 42bis LAI sont contraires à l'interdiction de discrimination posée à l'art. 3 du règlement n° 1408/71, applicable en l'espèce, ainsi qu'il sera exposé ci-dessous. a. La décision litigieuse du 17 septembre 2007 a été rendue postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ALCP, le 1er juin 2002, et concerne une prétention postérieure à cette date, à savoir le versement d'une allocation pour impotent dès le retour du recourant et de sa mère en Suisse, en octobre 2005. Le litige doit ainsi être examiné, *ratione temporis*, à la lumière de l'ALCP et du règlement n° 1408/71 auquel il renvoie (cf. art. 1er al. 1 de l'annexe II à l'ALCP en relation avec les art. 8 et 15 ALCP; cf. ATF non publié du 10 décembre 2007, consid. 4). b. S'agissant de son interprétation, l'accord prévoit à son article 16, paragraphe 2, que "dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des communautés européennes

antérieure à la date de signature". Les arrêts rendus postérieurement à cette date peuvent, le cas échéant, être utilisés en vue d'interpréter l'ALCP, surtout s'ils ne font que préciser une jurisprudence antérieure (ATF 130 II 113 consid. 5.2 p. 119). c. Du point de vue personnel, le règlement n° 1408/71 s'applique notamment aux travailleurs salariés ou non salariés qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres et qui sont des ressortissants de l'un des Etats membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants (art. 2 par. 1 du règlement). Le champ d'application matériel du règlement n° 1408/71 comprend, selon son art. 4 par. 1, toutes les législations relatives aux branches de sécurité sociale qui concernent, entre autres prestations, les prestations de maladie ou de maternité (let. a) et les prestations d'invalidité, y compris celles qui sont destinées à maintenir ou à améliorer la capacité de gain (let. b). Aux termes de l'art. 3 par. 1 dudit règlement, les personnes qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquelles les dispositions du présent règlement sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci, sous réserve des dispositions contenues dans le présent règlement. d. Aussi, si la prestation en cause entre dans le champ d'application du règlement n° 1408/71 et si le recourant entre dans son champ d'application personnel, en tant que membre de la famille d'un travailleur ressortissant de l'Union européenne, il a droit aux mesures requises aux mêmes conditions qu'un ressortissant suisse, même s'il ne remplit pas les exigences posées par le droit suisse aux ressortissants étrangers (ATF 132 V 184 consid. 5 p. 190, 131 V 390 consid. 5.2 p. 397 et 7.2. p. 401 et les références). a. S'agissant du champ d'application personnel, il se pose la question de savoir si le recourant peut bénéficier de la protection du règlement en tant que membre de la famille d'un travailleur au sens de cette disposition. Il est le fils d'une ressortissante suisse domiciliée en Suisse qui n'y exerce pas une activité lucrative, il s'agit dès lors dans un premier temps, de déterminer si sa mère peut être considérée comme un travailleur au sens de l'art. 2 du règlement. A cet égard, il convient d'observer que dans la mesure où en l'espèce il existe un aspect transfrontalier, en l'occurrence le fait que le recourant soit de nationalité portugaise et qu'il ait vécu avec sa mère au Portugal avant de retourner en Suisse, la teneur de l'art. 2 par. 1 du règlement n° 1408/71 ne fait pas obstacle à l'application dudit règlement à la mère du recourant, même si celle-ci est citoyenne suisse et qu'elle réside actuellement dans ce pays (cf. ATF non publié du 24 juillet 2006, I 667/05, consid. 6.4.1). b. La notion de travailleur du règlement n° 1408/71 ne correspond pas à celle utilisée dans d'autres domaines de l'ALCP et du droit communautaire, dans la mesure où elle ne prend pas en compte l'existence ou non d'un rapport de travail (KAHIL-WOLFF, La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale, in MEYER, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2<sup>ème</sup> édition, Bâle 2007, n° 33 ; METRAL/MOSER-SZELESS, L'accord sur la libre circulation des personnes : coordination des systèmes de sécurité sociale et jurisprudence du Tribunal fédéral [II], HAVE 2007, p. 165). c. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) - qui doit être prise en compte dans les limites de l'art. 16 ALCP (voir aussi ATF 132 V 423 consid. 9.2 s. p. 437) -, une personne a la qualité de "travailleur" au sens du règlement n° 1408/71 dès lors qu'elle est assurée, ne serait-ce que contre un seul risque, au titre d'une assurance obligatoire ou facultative auprès d'un régime général ou particulier de sécurité sociale mentionné à l'art. 1 let. a du règlement n° 1408/71, et ce indépendamment de l'existence d'une relation de travail (134 V 236, consid. 5.2.1 et les références). d. En tant qu'assurance obligatoire pour l'ensemble de la population domiciliée

en Suisse et qui permet d'identifier ou de distinguer les travailleurs salariés et les travailleurs indépendants des personnes sans activité lucrative (art. 2 et 3 LAI, art. 3 ss LAVS), l'AVS/AI est un régime couvert par l'art. 1 let. a point ii (1er tiret) du règlement n° 1408/71 (134 V 236, consid. 5.2.2 et les références). Selon cette disposition, "aux fins de l'application du présent règlement, les termes de 'travailleur salarié' et 'travailleur non salarié' désignent toute personne qui est assurée à titre obligatoire contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches auxquelles s'applique le présent règlement, dans le cadre d'un régime de sécurité sociale s'appliquant à tous les résidents ou à l'ensemble de la population active lorsque les modes de gestion ou de financement de ce régime permettent de l'identifier comme travailleur salarié ou non salarié". e. Dans un arrêt du 29 septembre 1976, Brack, 17/76, Rec. 1976 p. 1429, la CJCE a précisé pour la première fois la portée de cette disposition. Elle a jugé que dans un système de sécurité sociale s'appliquant à tous les résidents, une personne remplit la condition selon laquelle "les modes de gestion ou de financement de ce régime permettent d'identifier [une telle personne] comme travailleur salarié", lorsque, tout en ayant perdu la qualité de travailleur salarié, elle reste affiliée obligatoirement au même régime dont elle avait relevé auparavant en cette qualité (points 18 à 28 de l'arrêt cité). En conséquence, la qualité de travailleur (actuelle) au sens de l'art. 1 let. a point ii du règlement 1408/71 peut aussi résulter d'une affiliation obligatoire antérieure en tant que travailleur selon le droit national de la sécurité sociale dans le même système (134 V 236, consid. 5.2.2). f. Cela étant, il n'est pas déterminant pour être considéré comme "travailleur" au sens de l'art. 1 let. a point ii (1er tiret) du règlement n° 1408/71, que l'intéressé exerce (encore) une activité professionnelle au moment où il se prévaut de cette qualité. Il faut cependant qu'il puisse être "identifié comme travailleur salarié ou non salarié". En d'autres termes, indépendamment de sa désignation (p. ex. comme rentier ou chômeur) et de l'exercice (actuel) d'une activité professionnelle, il doit être ou avoir été (par le passé) affilié en tant que travailleur (salarié ou non salarié) à un régime de sécurité sociale contre l'un des risques correspondant aux branches couvertes par le champ d'application matériel du règlement (134 V 236, consid. 5.2.3). Ainsi, une personne qui bénéficie d'une rente de l'assurance-invalidité fondée sur son affiliation antérieure à l'AVS/AI en raison de l'exercice d'une activité lucrative est un travailleur au sens du règlement n° 1408/71, même si elle n'exerce plus d'activité professionnelle (ATF 130 V 249 consid. 4.1 p. 250 s.). Il en va de même d'une ressortissante de l'Union européenne qui, ayant exercé une activité salariée en Suisse avant de rentrer dans son pays d'origine, perçoit une rente de l'AVS (ATF 133 V 265 consid. 4.2.3 p. 270). g. En revanche, le seul fait qu'une personne est ou a été affiliée à l'AVS/AI en raison de son domicile en Suisse ne permet pas de la considérer comme un travailleur au sens de l'art. 2 du règlement n° 1408/71 (ATF 134 V 236, consid. 5.2.3). Ainsi, dans le cas d'une ressortissante française n'ayant jamais exercé une activité salariée ou indépendante en Suisse - ou dans un Etat membre de l'Union européenne - et étant affiliée à l'AVS/AI comme personne sans activité lucrative en raison de son domicile en Suisse, le Tribunal fédéral a estimé qu'elle n'avait pas la qualité de travailleur (salarié ou non salarié) au sens de l'art. 2 par. 1 du règlement n° 1408/71 (ATF 134 V 236, consid. 5.2.3). h. En l'espèce, la mère du recourant a exercé une activité salariée en Suisse pendant plusieurs années, avant de s'établir au Portugal avec son mari. Elle a donc été soumise à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité suisse, en qualité de « travailleur salarié » au sens de l'art. 2 par. 1 du règlement no 1408/71. A ce titre, elle entre dans le champ d'application personnel du règlement no 1408/71. Il n'est pas déterminant, dans ce contexte, qu'elle n'ait plus travaillé depuis son retour en Suisse (cf. ATF non publié

du 24 avril 2007, P 15/06, consid. 4.2.3). a. Il convient encore d'examiner si le recourant peut se prévaloir de la protection du règlement n° 1408/71 et du principe de non-discrimination qui y est inscrit, en sa qualité de membre de la famille d'un travailleur entrant dans le champ d'application dudit règlement. b. A ce sujet, le Tribunal fédéral a récemment examiné la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) sur la distinction faite entre droits propres et droits dérivés. c. Cette distinction entre les droits propres (dont l'intéressé bénéficierait en dehors de tout lien de parenté avec le travailleur) et les droits dérivés (acquis par l'intéressé en sa qualité de membre de la famille ou de survivant d'un travailleur) avait eu pour effet, dans un premier temps, d'exclure les membres de la famille d'un travailleur du principe de l'égalité de traitement de l'art. 3 par. 1 du règlement n° 1408/71: les membres de la famille et les survivants ne pouvaient prétendre qu'aux droits dérivés, mais pas aux droits propres (cf. ATF non publié du 10 décembre 2007, 9C\_348/2007, consid. 4.3.1. et les références à la jurisprudence européenne). Par la suite, cette jurisprudence avait été limitée aux prestations qui, de par leur nature spécifique, étaient exclusivement dues aux travailleurs, par exemple des prestations de chômage (ATF non publié du 10 décembre 2007, 9C\_348/2007, consid. 4.3.1) ; la distinction entre droits propres et droits dérivés n'était notamment pas applicable dans le domaine des prestations familiales, qui servent à l'entretien de la famille, telles les avances sur pension alimentaire (ATF non publié du 10 décembre 2007, 9C\_348/2007, consid. 4.3.1). d. Le Tribunal fédéral, se référant également à la doctrine suisse et européenne (voir les auteurs cités au consid. 5.3 et 5.4 de l'ATF 133 V 320), en a déduit que la distinction entre droits propres et droits dérivés n'était pas pertinente en rapport avec des prestations liées à une infirmité congénitale (ATF non publié du 10 décembre 2007, 9C\_348/2007, consid. 4.3.1). Aussi, nonobstant cette distinction, le membre de la famille d'un travailleur migrant en Suisse, ressortissant d'un Etat partie à l'ALCP, entrait-il dans le champ d'application personnel du règlement en ce qui concerne les mesures médicales nécessaires au traitement d'une infirmité congénitale (ATF 133 V 320 consid. 5.5 p. 327). e. D'autre part, sous l'angle du champ d'application matériel du règlement n° 1408/71, le Tribunal fédéral a, dans le même ATF 133 V 320, examiné la qualification des mesures médicales nécessaires au traitement d'une infirmité congénitale. Du point de vue du droit suisse, de telles prestations étaient certes avant tout couvertes par l'assurance-invalidité. Savoir si une prestation tombait dans le champ d'application de l'art. 4 par. 1 du règlement n° 1408/71 ne dépendait toutefois pas de la qualification donnée par le droit interne, mais se déterminait sur la base des dispositions communautaires qui définissaient les éléments constitutifs desdites prestations (ATF 132 V 46 consid. 3.2.3 p. 49, 184 consid. 5.1.1 p. 190 et l'arrêt de la CJCE cité). Dès lors que les dispositions sur l'invalidité du chapitre 2 du Titre III du règlement n° 1408/71 ne visaient que les prestations en cas d'invalidité servies en espèces, les prestations médicales en nature (y compris les frais liés aux soins) qui étaient dispensées en cas de maladie ou de maternité devaient être qualifiées de prestations au sens de l'art. 4 par. 1 let. a du règlement, indépendamment de la nature des règles légales prévoyant de telles prestations. Une infirmité congénitale constituait une forme particulière de maladie (art. 3 al. 2 LPGA), de sorte que les mesures médicales nécessaires à son traitement étaient des prestations de maladie au sens de l'art. 4 par. 1 let. a du règlement n° 1408/71 (ATF 133 V 320 consid. 5.6 p. 328 et les références aux arrêts de la CJCE et à la doctrine). f. S'agissant de l'allocation pour impotent, le Tribunal fédéral a aussi considéré qu'il s'agissait d'une prestation se rapportant à l'un des risques énoncés à l'art. 4 par. 1 du règlement n. 1408/71, et plus précisément au risque de maladie au sens de la lettre a) de cette disposition (ATF

non publié du 24 juillet 2006, I 667/05, consid. 6.3.2 : « Ora l'assegno per grandi invalidi si rapporta a uno dei rischi enunciati all'art. 4 n° 1 del regolamento n° 1408/71, e più precisamente al rischio di malattia ai sensi della lett. a di tale disposto » ; avec les références sur cette qualification à la jurisprudence européenne). g. Ainsi, conformément aux principes dégagés dans l'ATF 133 V 320 , le règlement n° 1408/71 s'applique au recourant tant du point de vue personnel, comme membre de la famille d'un travailleur au sens de l'art. 2 dudit règlement, que du point de vue matériel, la prestation sollicitée étant visée par l'art. 4 par. 1 let. a du règlement n° 1408/71, ce qui apparaît d'autant plus justifié que le recourant est atteint d'une infirmité congénitale, soit d'une forme particulière de maladie comme rappelé par le Tribunal fédéral. Par conséquent, le recourant peut se prévaloir du principe de non-discrimination prévu par l'art. 3 par. 1 du règlement n° 1408/71, de sorte qu'il n'est pas admissible de le soumettre à un traitement différencié en raison de sa nationalité. Dès lors qu'un mineur suisse dans la même situation que le recourant n'aurait pas à remplir les conditions d'assurance posées par les art. 6 al. 2 et 9 al. 3 LAI, par renvoi de l'art. 42bis al. 2 LAI, et aurait droit à l'allocation pour impotent du fait de son domicile et de sa résidence en Suisse, le recourant doit être traité de la même manière et se voir appliquer le même régime que le ressortissant suisse, quand bien même les conditions applicables aux mineurs étrangers ne seraient pas réunies. Au vu de ce qui précède, il convient de reconnaître le droit du recourant aux prestations requises quant à son principe. Le recours est ainsi admis et la cause renvoyée à l'intimé pour qu'il statue à nouveau sur l'allocation pour impotent demandée et vérifie si toutes les autres conditions y donnant droit - non examinées ici - sont réalisées. Le recourant, représenté par un mandataire, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, fixée en l'espèce à 2'000 fr. (art. 89H al. 3 LPA, art. 61 let. g LPGA). Un émoulement de 500 fr. est mis à la charge de l'OCAI qui succombe (art. 69 al. 1bis LAI). PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : L'admet et annule la décision de l'OCAI du 17 septembre 2007. Renvoie la cause à l'intimé pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de 2'000 fr., à titre de participation à ses frais et dépens. Met un émoulement de 500 fr. à la charge de l'intimé. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi. La greffière Marie-Louise QUELOZ La Présidente Doris WANGELER La secrétaire-juriste Verena PEDRAZZINI RIZZI Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le