Réflexions autour du préjudice sexuel - Analyse de jurisprudence sous l'angle du genre

Lisa Carayon, Marie Dugué, Julie Mattiussi

▶ **To cite this version:**

Lisa Carayon, Marie Dugué, Julie Mattiussi. Réflexions autour du préjudice sexuel - Analyse de jurisprudence sous l'angle du genre. Recueil Dalloz, 2017. hal-02107502

HAL Id: hal-02107502
https://hal.science/hal-02107502

Submitted on 23 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Réflexions autour du préjudice sexuel

Analyse de jurisprudence sous l'angle du genre

Lisa Carayon, Maîtresse de conférences à l'Université Paris 13
Marie Dugué, Professeure agrégée à l'Université François-Rabelais de Tours
Julie Mattiussi, Maîtresse de conférences à l'Université de Haute Alsace

Publié dans : *Recueil Dalloz,* 2017, p. 2257.

Les décisions sont numérotées en fonction dans leur emplacement dans le tableau qui figure en ligne à l'adresse suivante : [http://urlz.fr/5EEW]
Les décisions numérotées 1 à 158 concernent des victimes de sexe masculin, tandis que les décisions numérotées 159 à 231 concernent des victimes de sexe féminin.

À l'heure où le projet de réforme de la responsabilité civile lui fait la part belle, la notion de préjudice[1] retient particulièrement l'attention. Longtemps laissé pour compte, le préjudice fait désormais l'objet de nombreux questionnements. Qu'on cherche à lui donner une définition, à le classer ou à l'écarter du champ de la réparation, il a pleinement réintégré le cœur des débats qui agitent aujourd'hui la matière. À ce titre, le regard se porte volontiers sur les préjudices extrapatrimoniaux, parfois qualifiés de préjudices « moraux ». Représentant la souffrance ressentie par une victime face à une situation dommageable – le fait de ne plus pouvoir pratiquer une activité de loisirs identifiée, de voir son apparence physique altérée etc. – ils revêtent un caractère subjectif marqué qui soulève de redoutables questions. La plus cruciale concerne sans nul doute la nature de la réparation proposée – des dommages-intérêts le plus souvent – face au mal ressenti. Mais si l'on veut bien admettre que la réparation des préjudices extrapatrimoniaux est aujourd'hui ancrée dans notre droit au point qu'il semble inenvisageable de la remettre en cause, d'autres interrogations surgissent. Si le préjudice doit être certain, comment peut-on apprécier la réalité du préjudice extrapatrimonial ? Si le préjudice doit être intégralement réparé, comment évaluer le préjudice extrapatrimonial ? On le comprend, exiger une équivalence entre l'ampleur du préjudice subi et les montants accordés relève ici de l'artifice ; la réparation intégrale repose en réalité « *sur la croyance du juge, croyance selon laquelle la somme qu'il accorde répare intégralement le préjudice* »[2]. Le

[1] *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté le 13 mars 2017 par J.-J. URVOAS, garde des sceaux, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016 [en ligne] consulté le 21 juillet 2017 [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf], v. not. art. 1235 à 1238 et 1267 à 1280.
[2] H. GROUTEL, « Réparation intégrale et barémisation : l'éternelle dispute », *RCA* 2006, n° 11, repère 11.

risque est alors qu'à la subjectivité de la victime, s'ajoute celle du juge, de l'expert·e, de l'avocat·e, et que les décisions se fassent subrepticement le véhicule de certains préjugés.

La réparation du préjudice sexuel n'échappe pas à ces tourments ; elle y est même particulièrement exposée. Selon la Cour de cassation, qui s'est ici inspirée de la nomenclature Dintilhac[3], le préjudice sexuel se définit comme englobant « *tous les préjudices touchant à la sphère sexuelle à savoir : le préjudice morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi, le préjudice lié à l'acte sexuel lui-même qui repose sur la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel, qu'il s'agisse de la perte de l'envie ou de la libido, de la perte de la capacité physique de réaliser l'acte, ou de la perte de la capacité à accéder au plaisir, le préjudice lié à une impossibilité ou une difficulté à procréer* ». Il n'est « *pas seulement limité à la perte de sensation de plaisir* […] *mais concerne l'atteinte, sous toutes ses formes, à la vie sexuelle* »[4]. On perçoit ainsi comment peuvent jouer dans la réparation du préjudice sexuel les stéréotypes, et notamment les stéréotypes de genre. En ce domaine, les représentations liées aux comportements des hommes et des femmes risquent en effet d'être particulièrement présentes. Les stéréotypes peuvent intervenir à un double niveau : la réparation du préjudice sexuel peut être affectée par une conception normalisante tant de la parenté que de la sexualité[5]. Certaines productions doctrinales, quoique relativement anciennes, renforcent ce soupçon.

À la fin des années 1970, L. MELENNEC relevait ainsi que le sexe de la victime constituait une donnée importante dans l'évaluation de ce poste de préjudice : « *à tort peut-être, on admet que la perte par un sujet masculin de sa puissance virile est plus grave de conséquences que la frigidité de la femme* »[6]. La perte pour l'homme de sa fonction érectile, parce qu'elle obère sa capacité reproductrice, excèderait l'atteinte à la libido subie par la femme, qui ne préserverait pourtant son aptitude à procréer qu'au prix de douleurs dans la réalisation de l'acte sexuel[7]. Dans le même ordre d'idée, H. MARGEAT écrivait, dans son

---

[3] J.-P. DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels* [en ligne], juillet 2005, consulté le 19 juillet 2017 [http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000217/].

[4] Cass. 2e civ., 17 juin 2010, n° 09-15842 : Bull. II, n° 115 ; *RCA* 2010, n° 10, comm. 240, note H. GROUTEL ; *RTD civ.* 2010. 562, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2011. 35, obs. P. BRUN ; *RLDC* 2010. 74, obs. A. PAULIN.

[5] Sur la notion de genre : L. LAUFER, F. ROCHERFORT (dir.), *Qu'est-ce que le genre ?*, Payot, 2014. Pour son apport à l'analyse juridique v. not. *Ce que le genre fait au droit,* programme REGINE, Dalloz, 2014 et St. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, M. PICHARD (dir.), *La loi et le genre,* éd. CNRS, Paris, 2014 ;

[6] L. MELENNEC, « Le préjudice sexuel », *Gaz. Pal.*, 1977, doctrine, p. 525.

[7] On pourrait ajouter qu'un homme présentant des difficultés érectiles sévères pourrait facilement avoir accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) alors qu'une femme refusant toute relation sexuelle pour des raisons psychiques ou en raison de douleurs aurait bien plus de difficultés à accéder à une telle technique, son infertilité n'étant pas à proprement parler considérée comme « *médicalement diagnostiquée* » (article L. 2141-2

analyse datant de 1986 que « *Toutes les demandes* [de réparation du préjudice sexuel] *présentées l'ont été par des hétéro-sexuels. L'adage* "nemo auditur propriam turpitudinem allegans" *continue donc à faire barrage. Pour combien de temps ?*»[8]. On voit ici clairement comment la question de la « normalité » de la sexualité peut être au cœur de la question de la réparation du préjudice sexuel.

Très récemment d'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a dû rappeler aux juges l'impératif de non-discrimination qui s'impose à eux dans l'appréciation du préjudice sexuel. Dans un arrêt du 25 juillet 2017, elle a ainsi condamné le Portugal pour avoir réduit l'indemnisation due à une victime en considération de sa qualité de « femme âgée ». Pour la Cour, « ces considérations révèlent des préjugés dominants au sein de la magistrature portugaise »[9]. De tels préjugés contaminent-ils les juridictions françaises ?

C'est dans la perspective de clarifier la place du genre dans l'indemnisation du préjudice sexuel que s'est inscrite notre démarche[10]. Celle-ci impliquait une analyse de la jurisprudence récente de juridictions du fond, l'évaluation du préjudice relevant de leur appréciation. Nous avons alors recensé, à partir de la base de données *Lamyline*, toutes les décisions de cours d'appel contenant l'occurrence « préjudice sexuel » rendues entre le 1er janvier 2012 et le 31 juillet 2013. Un total de 818 arrêts ont ainsi été étudiés, duquel ont ensuite été extraites les seules décisions qui statuaient sur le montant des dommages-intérêts attribués au titre du préjudice sexuel permanent[11], et pour lesquelles le sexe de la victime était connu. *In fine*, 231 arrêts qui se sont avérés exploitables. 158 concernaient des hommes, et 73 des femmes. La première question qui s'est posée a consisté à déterminer si les montants alloués à chacun des sexes révélaient des disparités de traitement. Les calculs ont montré qu'au titre de l'indemnisation de leur préjudice sexuel, les hommes obtenaient en moyenne 14 690 euros, contre 12 082 pour les femmes. À première vue, ces résultats étaient peu probants, l'écart entre les deux moyennes étant faible et potentiellement explicable par le fait

---

Code de la santé publique). Dans cette conception, le préjudice sexuel de la femme serait plus important que celui de l'homme.

8 H. MARGEAT, « Le préjudice sexuel : une brève exploration dans les banques de données juridiques », *Rev. fr. domm. corp*., 1986, 79.

9 CEDH, 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c/ Portugal*, req. n° 17484/15, § 54.

10 Les auteures tiennent d'ailleurs à remercier Me BERNFELD, avocate au barreau de Paris et Présidente de l'Association nationale des avocats de victimes de dommages corporels (ANADAVI), pour les pistes de réflexions fournies au cours d'un entretien réalisé le 2 juin 2015.

11 Les décisions concluant à l'inexistence du préjudice sexuel ont ainsi été exclues de notre base d'arrêts exploités.

que les hommes semblent davantage victimes d'accidents graves que les femmes[12]. En outre, quand bien même on l'aurait tenue pour significative, cette différence pouvait résulter de multiples facteurs annexes[13] : l'âge des victimes, la teneur des demandes formulées, la juridiction chargée de trancher le litige… Au-delà de l'analyse quantitative, une lecture qualitative minutieuse des décisions laisse toutefois place au doute. Loin de décevoir, l'analyse menée a rendu plus concrètes certaines des difficultés soulevées par l'indemnisation du préjudice sexuel, dont certaines dépassent la seule question du genre. Ce sont ces difficultés que nous voudrions ici exposer. Certaines tiennent à l'identification du préjudice sexuel (I) ; d'autres tiennent à son évaluation (II).

I- Des difficultés relatives à l'identification du préjudice sexuel

Les difficultés relatives à l'identification du préjudice sexuel résident à la fois dans son autonomisation (A) et dans sa définition (B).

A) Une autonomisation à parfaire

La première observation tirée de l'analyse menée a trait à l'autonomie du préjudice sexuel. Progressivement isolé par la jurisprudence dans le courant des années 1990[14], le préjudice sexuel semblait pourtant avoir définitivement acquis son indépendance avec l'élaboration de la nomenclature Dintilhac[15]. Largement utilisé par les tribunaux[16], cet outil préconise une identification plus claire des chefs de préjudices susceptibles de découler d'un

[12] À titre d'exemple, en 2015, les hommes sont trois fois plus nombreux que les femmes à avoir été tués dans un accident de la circulation, v. Observatoire national interministériel de la sécurité routière*, La sécurité routière en France. Bilan de l'accidentalité de l'année 2015*, p. 25 [en ligne], consulté le 21 juillet 2017, [http://www.securite-routiere.gouv.fr/la-securite-routiere/l-observatoire-national-interministeriel-de-la-securite-routiere/accidentalite-routiere].

[13] Nous avons cherché à comparer les indemnisations accordées à des victimes ayant subi un même type d'atteinte. Il en est ressorti que les montants octroyés au titre du préjudice sexuel étaient alors toujours en moyenne légèrement plus élevés pour les hommes. Mais ces résultats souffrent d'une limite importante : la difficulté majeure qu'il y a à comparer des dommages corporels toujours particuliers.

[14] Cass. crim., 14 juin 1990, n° 89-85246 : *Bull.* crim., n° 243, p. 625 ; *RCA* 1990, n° 32 ; Cass. 2e civ., 6 janv. 1993, n° 91-15391 : *Bull.* II, n° 6, p. 3 ; *RCA* 1993, n° 75, chron. 7, note H. GROUTEL ; *RTD civ.* 1993. 587, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2e civ. 5 janv. 1994, n° 92-12185 : *Bull.* II, n° 15, p. 8 ; *RCA* 1994, n° 117. Sur le caractère personnel du préjudice sexuel v. par ex. Cass. civ. 2e, 12 mai 2005, n° 04-14.018, *Lamy droit civil,* 2005, n° 18. Pour un historique détaillé de l'apparition de la notion v. par ex. T. SCHÜTZE, R. BOUVET, M. LE GUEUT, « Du préjudice sexuel en droit positif », *Revue générale de droit médical,* n° 55, 2015, p. 221.

[15] J.-P. DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels* [en ligne], juillet 2005, consulté le 19 juillet 2017 [http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000217/], p. 40.

[16] Pour des exemples, nombreux, de la réception jurisprudentielle de la nomenclature, v. M. BACACHE, « La nomenclature : une norme ? », *Gaz. pal.* 24-27 décembre 2014, p. 7 et s., spéc. n° 14 et s.

dommage corporel, et ce dans un double objectif : n'oublier aucun aspect des souffrances vécues par les victimes, et harmoniser les pratiques au sein des juridictions afin de réduire au maximum les disparités entre elles[17]. Cependant, force est de constater que sa mise en œuvre reste parfois approximative. À ce titre, et malgré des rappels à l'ordre fréquents de la Cour de cassation[18], le préjudice sexuel n'est pas toujours bien distingué d'autres postes de préjudice.

Au stade de son évaluation, le préjudice sexuel est ainsi régulièrement groupé avec le préjudice d'établissement[19] ; plus gênant, au stade de sa caractérisation, il semble parfois confondu avec ce dernier poste de préjudice[20]. Ces imprécisions, qui conduisent à ce que la question du « sexuel » soit assimilée au domaine conjugal et reproductif, traduisant ainsi une conception restrictive de la sexualité, n'ont toutefois rien de véritablement surprenant.

Au sein de la nomenclature Dintilhac, un recoupement semble en effet exister entre le préjudice d'établissement, qui réside notamment dans la « *perte d'une chance* […] *de fonder une famille* »[21] , et le préjudice sexuel, susceptible d'être caractérisé en cas d'« *impossibilité ou* [de] *difficulté à procréer* »[22]. D'un point de vue strictement théorique, le chevauchement n'est certes qu'apparent : le fait de fonder une famille et de se reproduire sont deux questions

---

[17] J.-P. DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels* [en ligne], juillet 2005, consulté le 19 juillet 2017 [http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000217/], p. 1 et s.

[18] V. en ce sens Cass. 2e civ., 6 janv. 1993, n° 91-15391 : *Bull.* II, n° 6, p. 3 ; *RCA* 1993, n° 75, chron. 7, note H. GROUTEL ; *RTD civ.* 1993. 587, obs. P. JOURDAIN: « *attendu que la réparation du préjudice sexuel et d'établissement, qui ne constitue pas un élément du préjudice d'agrément, n'avait pas été demandée par la victime lors d'une précédente instance* » ; plus récemment, Cass. civ. 2e, 12 mai 2005, n° 04-14.018, *Bull.*.II, n° 122, *RLDC* 2005 n° 18, p. 22, obs. C. Kleitz-Bachelet ; Cass. 2e civ., 12 mai 2011, n° 10-17.148, *Bull*. II, n° 106 ; *D*. 2012, 47, obs. Ph. BRUN : l'arrêt d'appel est censuré pour avoir « *évalué la réparation du préjudice d'établissement en tenant compte des indemnités accordées au titre des préjudices distincts que sont le préjudice d'agrément et le préjudice sexuel* ».

[19] Ex. CA Aix-en-Provence, ch. 10, 11 avr. 2012, n° 09/11672 ; CA Paris, pôle 2, ch. 3, 9 mai 2012, n° 10/19784 ; CA Paris, pôle 2, ch. 3, 4 juin 2012, n° 09/03565 ; CA Douai, 3e ch., 5 juill. 2012, n° 10/04971 ; CA Amiens, 5e ch. soc., 18 sept. 2012, n° 10/01655 ; CA Chambéry, 2e ch., 18 oct. 2012, n° 10/01408 ; CA Paris, pôle 2, ch. 3, 10 déc. 2012, n° 11/09715 ; CA Paris, pôle 2, ch. 3, 25 mars 2013, n° 11/17976 ; CA Versailles, 5e ch., 30 mai 2013, n° 10/01475.

[20] Certaines décisions semblent ainsi tenir compte de la situation familiale de la victime pour minorer l'indemnisation : v. par ex. décision n° 6 (CA Paris, pôle 6, ch. 12, 31 octobre 2012, n° 08/00435) indiquant que le préjudice sexuel est avéré « *du fait de l'atteinte paraplégique pluri-étagée dorsale, le préjudice sexuel pour la réalisation de l'acte étant complet. Ce préjudice chez un homme marié, toujours en couple, sera réparé par une indemnité de 15 000 euros* » ; décision n° 19 (CA Aix-en-Provence, ch. 10, 5 sept. 2012, n° 12/03630), selon lequel « *M. Daniel X explique que si son appareil génital est intact, les séquelles de son accident ne lui permettent plus certaines positions, que l'acte sexuel est insatisfaisant lors des mouvements et changements de position. Il ajoute qu'il subit une baisse de sa libido ce qui entraine des difficultés dans l'intimité. Toutefois, il partage la vie de Mme Françoise [Y] depuis plus de deux ans* ».

[21] J.-P. DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels* [en ligne : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000217/] consulté le 21 juill. 2017, p. 40.

[22] *Ibid.,* p. 40.

distinctes. Il est ainsi tout à fait possible d'envisager qu'une personne soit indemnisée du fait de se voir privée de l'espoir de construire une relation familiale, alors même qu'elle ne souhaite pas – ou ne pouvait déjà pas – y procéder par la voie biologique. À l'inverse, on pourrait considérer un préjudice spécifique du fait de ne pas pouvoir se reproduire, quand bien même la victime n'envisagerait pas cette reproduction dans un cadre familial (parce qu'elle n'aurait projeté que de donner ses gamètes par exemple). Toutefois, dans une majorité des cas, reproduction et vie familiale participent d'un même projet, de sorte que l'impossibilité de procréer caractérise tant le préjudice sexuel que le préjudice d'agrément. Le recoupement est en pratique bien réel. Dès lors, si l'on voulait clarifier les contours de chacun de ces postes de préjudices, sans doute serait-il plus opportun d'exclure le préjudice de procréation de la définition du préjudice sexuel, de sorte que son indemnisation ne relève plus que du préjudice d'établissement.

Dans les arrêts étudiés, le préjudice sexuel est également parfois rapproché du préjudice d'agrément[23], ce qui suscite davantage l'étonnement, ce dernier étant conçu comme la réparation de « *l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisirs* »[24]. On peine à voir ce qui justifie cette réunion, sauf à comparer les relations sexuelles à des activités « de loisirs », ce qui ne correspond en rien à leur importance sociale[25]. L'explication est peut-être alors à chercher dans la définition du préjudice sexuel, qui revêt aujourd'hui un certain degré de complexité.

B) Une définition à simplifier

Si la jurisprudence des juges du fond reprend les trois éléments de définition de la nomenclature Dintilhac[26], elle y apporte aussi quelques précisions (1), qui ne suffisent cependant pas à résoudre toutes les questions (2).

---

[23] Sans aller jusqu'à les confondre, un certain nombre de décisions allouent un montant global destiné à indemniser et le préjudice sexuel, et le préjudice d'agrément : CA Aix-en-Provence, ch. 14, 7 févr. 2012, n° 10/06034 ; CA Angers, ch. soc., 21 févr. 2012, n° 09/01482 ; CA Lyon, 1re ch. civ. B, 28 févr. 2012, n° 10/09013 ; CA Poitiers, ch. soc., 23 mai 2012, n° 10/00936. V. également, pour d'autres exemples de globalisation des préjudices, CA Nancy, ch. civ. 2, 26 janv. 2012, n° 10/02529 pour l'indemnisation globale des préjudices d'agrément, sexuel et professionnel ; CA Paris pôle 6, ch. 12, 16 févr. 2012, n° 08/00061, qui englobe le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel et le déficit fonctionnel permanent ; CA Paris, pôle 2, ch. 3, 4 juin 2012, n° 09/14022, pour le « *préjudice sexuel, familial et d'établissement* ».

[24] J.-P. DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels* [en ligne : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000217/] consulté le 21 juill. 2017, p. 39.

[25] Dans ce sens : T. SCHÜTZE, R. BOUVET, M. LE GUEUT, « Du préjudice sexuel en droit positif », préc., p. 226

[26] *Supra*.

1. Les précisions de la jurisprudence

L'examen de la pratique prétorienne apporte un certain nombre de précisions quant à la définition du préjudice sexuel. La jurisprudence confirme ainsi, comme le laisse entendre la nomenclature, que les différents éléments constitutifs du préjudice sexuel doivent être conçus comme alternatifs : chacun des préjudices envisagés, qu'il s'agisse du préjudice morphologique, de celui lié à l'acte sexuel ou du préjudice de procréation, caractérise à lui seul un préjudice sexuel[27].

En outre, la jurisprudence témoigne d'une certaine souplesse dans l'appréciation du préjudice sexuel en ajoutant à ces trois éléments de définition un quatrième préjudice, résidant vraisemblablement dans l'incapacité de fait d'avoir des rapports sexuels, résultant elle-même de l'impossibilité de nouer des relations affectives[28]. Elle ouvre alors des perspectives que la nomenclature n'avait semble-t-il pas envisagées : ainsi, il n'est pas interdit de penser qu'une personne faisant à tort l'objet d'une mesure de privation de liberté pourrait invoquer un préjudice sexuel sur le plan de la responsabilité civile. L'approche prétorienne semble pertinente, en ce qu'elle refuse de promouvoir une conception trop étriquée de la sexualité : si celle-ci ne repose sans doute pas exclusivement sur l'interaction avec un tiers[29], elle l'implique très généralement. C'est d'ailleurs ce qui explique que soit indemnisé le préjudice sexuel des victimes par ricochet[30] : si elles ne perdent pas la possibilité d'avoir des relations sexuelles dans l'absolu, c'est leur vie intime avec la victime directe qui se trouve affectée.

---

[27] Ex. décision n° 186 (CA Aix-en-Provence, 10e ch., 17 juillet 2013, n° 12/16003) : « *Si aucun dommage morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi ne peut être retenu ni aucun dommage lié à une impossibilité ou une difficulté à procréer en raison de l'âge de la victime, les incidences de son handicap sur sa vie sexuelle résident dans le préjudice lié à l'acte sexuel lui-même qui repose sur la perte du plaisir lié à son accomplissement qu'il s'agisse de la perte de l'envie ou de la libido, de la perte de la capacité physique de réaliser l'acte, qui est réel et doit être indemnisé en tant que tel* ».

[28] Ex. décision n° 194 (CA Paris, pôle 2, ch. 3, 12 mars 2012, n° 06/09193) : « *Si le préjudice sexuel n'est pas total, il est néanmoins très présent du fait que Aline A... par ses séquelles neuropsychologiques, ne peut nouer des relations stables sur le plan affectif comme elle aurait pu y prétendre en l'absence du second accident* ».

[29] Ni avec un tiers avec lequel on entretient une relation sentimentale d'ailleurs.

[30] Bien que la nomenclature Dintilhac n'en fasse pas un poste de préjudice spécifique, elle invite à prendre en considération, au titre des « *préjudices extra-patrimoniaux exceptionnels* », « *le retentissement sexuel vécu par le conjoint ou le concubin à la suite du handicap subi par la victime directe pendant la maladie traumatique et après la consolidation* ». Pour des ex., v. décisions n° 7 (CA Chambéry, 2e ch., 25 oct. 2012, n° 11/01906) ; n° 12 (CA Versailles, 14e ch., 12 sept. 2012, n° 09/01001) ; n° 109 (CA Agen, ch. civ., 2 juill. 2013, n° 12/01345) ; n° 112 (CA Rennes, ch. 5, 27 juin 2012, n° 11/00124) ; n° 113 (CA Paris, pôle 2, ch. 3, 13 févr. 2012, n° 09/01592) ; n° 116 (CA Poitiers, ch. 3, 16 mai 2012, n° 10/02609) ; n° 118 (CA Lyon, ch. 6, 28 févr. 2012, n° 10/04235) ; n° 120 (CA Aix-en-Provence, ch. 10, 7 mars 2012, n° 10/12741) ; v. aussi CA Pau, ch. 2, sect. 1, 28 févr. 2012, n° 10/05047.

L'étude de la jurisprudence confirme de plus que le préjudice sexuel ne doit pas se concevoir exclusivement comme une perte, ou comme la dégradation d'un état antérieur. Si cette solution peut sembler de bon sens[31], il est des domaines dans lesquels elle peine vraisemblablement à s'imposer. Il en va ainsi en matière de préjudice d'agrément, où les juges exigent parfois que soit rapportée la preuve de l'impossibilité, pour la victime, de poursuivre une activité de loisirs spécifique qu'elle pratiquait jusqu'alors[32]. Une telle rigueur trouve sans nul doute une explication : la perte fait présumer la réalité de la souffrance, en elle-même difficilement vérifiable, et fait ainsi barrage à l'afflux de demandes. Une telle solution devait-elle dès lors être transposée au préjudice sexuel ? La définition livrée par la nomenclature, qui utilise à l'envi le mot « perte », aurait pu le laisser penser à première lecture[33]. L'étude des arrêts révèle cependant que les juridictions optent pour une approche large : le préjudice sexuel est ainsi réparé pour de très jeunes enfants, n'ayant jamais véritablement commencé leur vie sexuelle[34]. Plus généralement, l'intensité et l'existence de la vie sexuelle antérieure ne sont vérifiées par les juridictions que de façon rarissime[35], même pour caractériser la perte du plaisir, de l'envie ou de la libido. La sphère atteinte semble trop intime pour qu'on s'y aventure très loin. Subjectif par essence, en raison de sa nature extrapatrimoniale, le préjudice sexuel voit donc sa réparation marquée *de facto* par une certaine objectivation : la souffrance de la victime est très largement présumée face à l'impossibilité de mener une vie sexuelle considérée comme normale. On note donc la spécificité de ce préjudice dont la matérialité est pour partie présumée. Cet état de fait renvoie évidemment à la particularité de la sexualité comme activité sociale : à la fois capitale et largement tue, l'activité sexuelle est de celles

[31] Il est traditionnel d'affirmer que le préjudice peut consister en une perte ou un gain manqué : v. par exemple Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexis Nexis, Paris, 2016, 4e éd., n° 176.

[32] V. par exemple Cass. 2e civ. 1er juillet 2010, n° 09-68003, censurant l'arrêt d'appel pour avoir réparé le préjudice d'agrément « *sans caractériser la spécificité des activités de "loisirs sportifs" invoquées et leur pratique régulière* ».

[33] V. la définition *supra*.

[34] Ex. décisions n° 2 (CA Riom, ch. com., 11 juill. 2012, n° 12/00751 : pour une victime de 5 ans au jour du dommage) ; n° 83 (CA Douai, 3e ch., 23 mai 2013, n° 12/02851 : pour une victime de 4 ans au jour du dommage) ; n° 108 (CA Aix en Provence, ch. 10, 6 juin 2012, n° 10/07852 : pour une victime de 6 ans au jour du dommage).

[35] V. par exemple Décision n° 12 (CA Versailles, ch. 14, 12 septembre 2012, n° 09/01001), relevant « *qu'il y a lieu, en tenant notamment compte de l'âge du sujet, père de deux enfants et dont à l'époque de l'accident le plus jeune enfant avait trois ans, de sorte qu'il est évident que la victime était en mesure d'avoir des rapports charnels, d'accorder la somme de 35.000 euros* » ; Décision n° 134 (CA Nîmes, ch. soc. 22 mai 2012, n° 10/01935) : « *Le préjudice sexuel semble exister. Il n'a pas de vie de couple dans la mesure où apparemment il a toujours plus ou moins vécu chez sa mère, même avant l'accident. À ses dires, il lui apparaît que c'est surtout son traitement médical qui diminue sa libido* ». La Cour semble toutefois n'en tirer aucune conséquence explicite.

dont on présume que chacun la connaît sans jamais pouvoir véritablement vérifier cette hypothèse.

Dans cette logique, la conscience du préjudice sexuel semble indifférente. Les montants alloués aux victimes en état végétatif ou aux capacités mentales fortement altérées ne semblent pas moins importants que ceux attribués aux victimes qui restent en pleine possession de leurs facultés intellectuelles. À peine relève-t-on un arrêt, qui pour justifier d'avoir accordé la même somme à la victime par ricochet qu'à la victime directe en réparation du préjudice sexuel, relève que « *le préjudice subi par l'épouse* [est] *au moins équivalent à celui subi par son époux, qui, à la différence de celle-ci, n'est peut-être plus en état de mesurer exactement le préjudice subi par lui à ce titre* »[36]. L'un des préjudices les plus fréquemment indemnisés consiste d'ailleurs dans la perte de la libido ou de l'envie[37], qui ne génère pourtant qu'une souffrance « exogène » : la victime ne semble pas pâtir de l'absence d'activité sexuelle en elle-même, dans la mesure où elle n'en a plus envie. Son préjudice pourrait plus certainement résulter d'une conscience aiguisée de ce que l'absence de sexualité l'éloigne de la norme sociale.

De la pratique jurisprudentielle, il faut donc tirer plusieurs enseignements. La définition du préjudice sexuel apparaît moins étroite qu'annoncée dans la nomenclature Dintilhac et ne se résume pas à la perte d'un état antérieur. En somme, le préjudice sexuel paraît assez largement indemnisé. Des zones d'ombre subsistent cependant.

2. Les questions subsistantes

Certains éléments de définition du préjudice sexuel demeurent flous. C'est d'abord, le préjudice « *morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires* » qui soulève son lot d'interrogations. La question de ce qu'il convient d'entendre par « organes sexuels primaires et secondaires » reste en effet entière[38]. Si les organes reproductifs constituent sans nul doute des organes sexuels primaires, l'indemnisation n'étant d'ailleurs jamais questionnée lorsqu'ils sont atteints, épuisent-ils la catégorie des organes sexuels

[36] CA Pau, ch. 2, sect. 1, 28 févr. 2012, n° 10/05047.
[37] Ex. décisions n° 1 (CA Versailles, 3e ch., 22 nov. 2012, n° 10/08976) ; n° 50 (CA Lyon, 6e ch., 14 févr. 2013, n° 11/04029), n° 63 (CA Lyon, 6e ch., 21 mars 2013, n° 11/08382) ; n° 122 (CA Aix-en-Provence, ch. 14, 18 janv. 2012, n° 10/18423), n° 183 (CA Basse-terre, 1re ch. civ., 24 juin 2013, n° 12/01198).
[38] Pour une discussion sur ce point v. T. SCHÜTZE, R. BOUVET, M. LE GUEUT, « Du préjudice sexuel en droit positif », préc., p. 234.

primaires ? Et *quid* de la catégorie des organes sexuels secondaires ? Sont-ils ceux qui revêtent traditionnellement un rôle dans l'acte sexuel ? Ceux qui remplissent, subjectivement, pour la victime une telle fonction ? La jurisprudence est plus qu'hésitante. Certains arrêts déduisent ainsi *ipso facto* de l'atteinte à certains organes non-reproductifs l'existence d'un préjudice sexuel. La jurisprudence est très claire pour ce qui concerne la poitrine féminine[39]. Elle paraît également clémente en ce qui concerne les atteintes désignées pudiquement comme affectant la possibilité « d'embrasser »[40]. Le préjudice sexuel est, au surplus, généreusement indemnisé en cas de grave atteinte à la jambe[41]. D'autres décisions, en revanche, imposent à la victime de démontrer le rôle particulier que présentait pour elle l'organe atteint dans la réalisation de l'acte sexuel, et font parfois montre d'une sévérité surprenante. Les disparités de traitement entre les victimes ne sauraient être mieux illustrées que par le sort réservé par les cours d'appel à la lésion portée aux doigts ou à la main. Ainsi, dans une première affaire, la victime d'un écrasement de la main droite ayant perdu un index, subi un enraidissement et une perte de sensibilité du majeur, et dont la main présentait un aspect général atrophié a pu percevoir 2 500 euros au titre de son préjudice sexuel au motif que de telles atteintes *« affectent nécessairement l'accomplissement de rapports sexuels harmonieux, dans lesquels la main occupe une fonction irremplaçable »*[42]. À l'inverse, dans un autre cas, la personne ayant souffert d'une « *amputation au niveau de la métacarpo-phalangienne de l'index, de la première phalange du médius et de l'annulaire de la main droite ainsi que* [d'une] *amputation du pouce droit au niveau de la deuxième phalange avec pour conséquences une limitation fonctionnelle importante de la mobilité de l'auriculaire droit et diminution de sa force de préhension avec la main droite* » est déboutée de sa demande de réparation du préjudice sexuel au motif que ces troubles « *ne peuvent être retenu[s] comme de nature à entraîner un retentissement tel sur la sphère de sa vie intime, sexuelle et affective, qu'elles le conduiraient notamment à perdre tout espoir, chance ou possibilité de réaliser un projet de vie affective ou maritale ou perturberaient de manière*

[39] Décision n° 162 (CA Bastia, ch. civ. B, 6 févr. 2013, n° 11/00911).
[40] Décision n° 3 (CA Nîmes, 1re ch. civ., sect. A, 25 sept. 2012, n° 11/01710).
[41] Décision n° 34 (CA Colmar, 2e ch. civ., sect. B, 6 juill. 2012, n° 10/03736, amputation de la jambe droite, 10 020 euros au titre du préjudice sexuel) ; décision n° 70 (CA Aix-en-Provence, 10e ch., 10 avr. 2013, n° 11/02694 : amputation de la jambe gauche au-dessous du genou, 20 000 euros au titre du préjudice sexuel) : décision n° 129 (CA Poitiers, ch. civ. 3, 14 mars 2012, n° 10/03943 : amputation d'une partie du tibia de la jambe droite, 10 000 euros au titre du préjudice sexuel) ; décision n° 196 (CA Aix-en-Provence, 10e ch., 15 févr. 2012, n° 08/13547 : jambe gauche sectionnée, discrète laxité externe du genou droit, séquelle de fracture du bassin avec bassin oblique, arthrose sacro-iliaque, douleur et retentissement sur l'ensemble de la colonne vertébrale, sans rotation des corps vertébraux [IPP 50%], 5 000 euros au titre du préjudice sexuel).
[42] Décision n° 77 (CA Chambéry, ch. soc., 14 mai 2013, n°12/02094).

significative sa vie sexuelle »[43]. Si les décisions ne sont pas toujours aussi clairement comparables – notamment parce qu'il n'est pas systématiquement mentionné si la victime est droitière ou gauchère – il est cependant possible d'interroger le fait que la main ne soit pas automatiquement qualifiée d'organe participant à l'acte sexuel. La Cour d'appel de Paris a ainsi pu affirmer que « *si la main intervient dans la plupart des activités humaines,* [la victime] *n'établit pas qu'elle ait pour* [elle, dans le domaine sexuel] *un rôle particulier. Les activités sexuelles* [n'en étant] *pas directement affectées* »[44].

Dès lors, on peut légitimement se demander si, pour contrer ces écarts jurisprudentiels, la nomenclature des préjudices résultant d'un dommage corporel ne devrait pas être précisée de sorte à proposer une liste des organes sexuels secondaires. Il serait cependant nécessaire qu'une telle liste ne soit pas exhaustive si l'on veut sauvegarder le caractère véritablement intégral de la réparation. Dans le cas contraire, le risque serait en effet de figer par les textes une conception normalisante de la sexualité, alors que la diversité des pratiques sexuelles peut conduire à érotiser toute partie du corps[45].

Autre solution possible à cette imprécision du caractère physiologique de la sphère sexuelle : supprimer purement et simplement ce préjudice morphologique de la définition du préjudice sexuel. À l'heure actuelle, c'est un recoupement avec un autre poste de préjudice, celui du déficit fonctionnel permanent, que cet élément de définition fait redouter[46]. Le déficit fonctionnel permanent peut en effet être défini comme « *la réduction définitive du potentiel physique, psycho-sensoriel, ou intellectuel résultant de l'atteinte à l'intégrité anatomo-physiologique* »[47]. C'est à ce titre qu'est indemnisée l'atteinte en elle-même, ainsi que la douleur et les conséquences qu'elle engendre dans la vie quotidienne. On peut donc se demander si le préjudice sexuel ne gagnerait pas à être réduit à ce qui fait sa spécificité : l'impossibilité d'accéder au plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel.

---

[43] CA Amiens, 5e ch. soc., cab. A, 13 nov. 2012, n° 10/05584 (victime de sexe masculin)

[44] Décision n° 44 (CA Paris, pôle 2, ch. 4, n° 12/03518).

[45] Le risque est réel dès lors qu'il a pu être décidé, par exemple, qu'une incontinence anale n'atteignait pas la « *fonction sexuelle* », même s'il est admis qu'elle fait obstacle à toute vie sexuelle : décision n° 218 (CA Aix-en-Provence, 4 juill. 2012, 10e ch., n° 11/05228). La question du caractère « sexuel » de l'anus s'est d'ailleurs posée de façon identique dans le champ pénal, à propos de la question de savoir si l'introduction d'objets dans l'anus devait être qualifiée de « pénétration sexuelle ». Pour deux décisions apparemment contradictoires, v. Cass. crim. 6 déc. 1995, n° 95-84881et Cass. crim., 9 déc. 1993, n° 93-81044.

[46] En ce sens, Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10e éd., Dalloz action 2014-2015, n° 1592. Pour un essai de distinction v. T. SCHÜTZE, R. BOUVET, M. LE GUEUT, « Du préjudice sexuel en droit positif », préc., p. 230.

[47] J.-P. DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels* [en ligne], juillet 2005, consulté le 19 juillet 2017 [http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000217/], p. 39.

Encore faudrait-il s'accorder sur ce qu'il faut entendre par « acte sexuel ». Comment faut-il concevoir, plus particulièrement, la « perte de la capacité physique à réaliser l'acte » ? Faut-il l'envisager comme une « impossibilité matérielle » ? Apparaît alors une double difficulté. Tout d'abord, comme cela a pu être noté pour la détermination des « organes sexuels », la notion même de relation sexuelle est éminemment personnelle et peut consister en une infinité de pratiques. Mais quand bien même on accepterait de se limiter à la conception la plus commune et restreinte de la notion, c'est-à-dire, dans la relation hétérosexuelle, la pénétration vaginale au moyen du pénis, on risquerait toujours un biais de genre. En effet, si l' « impossibilité matérielle » à réaliser l'acte peut être aisément caractérisée chez les hommes, dont le préjudice sexuel consiste souvent en des dysfonctionnements érectiles, quand sera-t-elle caractérisée chez les femmes ? En dehors des cas de paralysie totale, les préjudices sexuels des femmes sont en effet majoritairement dus à des douleurs lors des relations sexuelles ou à des difficultés psychiques à réaliser l'acte[48]. Le préjudice sexuel est alors plus difficile à vérifier, mais n'en est pas moins réel. C'est alors la question de l'évaluation du préjudice qui est posée avec une particulière acuité.

II- Des difficultés relatives à l'évaluation du préjudice sexuel

Chargé d'évaluer le préjudice sexuel, les juges s'appuient extensivement sur deux éléments : la parole de l'expert·e (A), et celle de la victime (B). Or, chacun de ces éléments pose des difficultés spécifiques à ce chef de préjudice.

A) La parole des experts

L'expertise revêt un caractère absolument essentiel dans l'évaluation des conséquences du dommage corporel[49]. L'étude de la jurisprudence montre que les juges y ont quasi-systématiquement recours pour évaluer les différents postes de préjudice[50]. S'agissant de l'appréciation du préjudice sexuel, elle ne va cependant pas de soi. Si, en tant que professionnels de santé, les médecins-experts sont peut-être les plus à même de recueillir l'information en ce que l'immixtion dans l'intimité des patients est consubstantielle à la

[48] Pour des cas de douleurs spécifiques à l'acte sexuel chez des victimes masculines v. cependant : décisions n° 21 (CA Nîmes, 1re ch. civ., 11 sept. 2012, n° 11/01820) ; n° 105 (CA Nîmes, 1re ch. civ. A, 27 juin 2013, n° 12/01067) ; n° 145 (CA Reims, ch. civ., sect. 1, 20 mars 2012, n° 10/02092).

[49] Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel – Systèmes d'indemnisation*, Précis, Dalloz, Paris, 2016, 8e éd., n° 62, p. 71.

[50] Seule une décision exploitée illustre le cas où le juge a tranché sans recours à l'expertise médicale sur ce point, v. décision n° 8 (CA Paris, pôle 6, ch. 12, 20 déc. 2012, n° 09/07306).

relation médicale, on peut se demander en quoi ils disposent d'une compétence particulière pour juger de la gravité du préjudice. Même lorsque le préjudice sexuel résulte d'une lésion organique – que les organes sexuels primaires ou secondaires aient été atteints, ou que des douleurs annexes rendent difficiles voire impossibles l'acte sexuel – les juges semblent bien placés pour décider de l'ampleur du préjudice sexuel subi, dès lors que les séquelles physiques leur sont clairement exposées. Tout au plus les experts peuvent-ils parfois donner leur avis sur la probabilité de l'existence d'un lien de causalité entre les séquelles et les difficultés sexuelles décrites. Pour l'heure, laisser une place trop importante à cette parole ajoute un filtre supplémentaire à l'évaluation d'un préjudice déjà hautement subjectif : ainsi dans cette décision où, alors que le préjudice sexuel n'a pas été abordé spontanément par la patiente, l'expert ajoute que l'« *on peut penser qu'il ne constitue pas une revendication majeure chez une femme de 59 ans* »[51].

On regrettera donc que le barème d'évaluation médico-légale Eska, couramment utilisé, invite les experts à apprécier le préjudice sexuel, en en notant l'importance sur une échelle de 1 à 7[52]. D'autres barèmes laissent au contraire de côté les préjudices moraux[53], tandis que la mission-type d'expertise médicale de l'Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel (AREDOC) exclut explicitement l'échelle de 1 à 7 pour l'évaluation du préjudice sexuel : « *c'est le caractère descriptif des séquelles alléguées et avérées, qui permet d'évaluer le retentissement sur la vie sexuelle (et non une quantification dans une échelle de 0 à 7)* »[54]. Toutefois, et sans que les experts situent explicitement le préjudice sexuel sur une échelle de gravité, il n'est pas rare qu'ils s'expriment sur la gravité de ce préjudice, reprenant

[51] Décision n° 188 (CA Aix-en-Provence, 18 avr. 2012, n° 09/12696) ; certaines autres décisions semblent le démontrer, ainsi de cet arrêt où les positions sexuelles sont qualifiées « *d'habituelles et classiques* » (décision n° 90 (CA Nîmes, ch. civ. 1 B, 7 juin 2012, n° 10/04817)), sans que la syntaxe permette véritablement de savoir si cette affirmation doit être attribuée à l'expert·e, à la victime, ou aux juges eux-mêmes. Dans le même sens, v. décision n° 195 (CA Orléans, ch. sécu. soc., 27 juin 2012, n° 11/02136) : « *l'expert relève que dans le domaine sexuel il existe des altérations de la qualité de la relation avec le mari de Madame Y..., laquelle exprime un sentiment de honte et d'indignité, tout en modérant son appréciation en estimant que pour les couples âgés, l'aspect de la relation physique ne serait plus souvent au premier plan ».*

[52] Ex. de décisions dans lesquelles l'expert·e a utilisé une telle échelle : décisions n° 3 (CA Nîmes, 1re ch. civ., sect. A, 25 sept. 2012, n° 11/01710) ; n° 62 (CA Saint-Denis de la Réunion, ch. TGI, 15 mars 2013, n° 11/01439) ; n° 148 (CA Rouen, ch. civ. 1, 1er janv. 2012, n° 11/02136) ; n° 179 (CA Douai, 3e ch., 23 mai 2013 n° 12/05319) ; n° 202 (CA Paris, pôle 2, ch. 2, 10 févr. 2012, n° 10/03393).

[53] *Barème indicatif dévaluation des taux d'incapacité en droit commun*, Le Concours médical, 2001, 6e éd. ; Confédération européenne d'experts en évaluation et réparation du dommage corporel (CEREDOC), *Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique*, Anthemis, LGDJ, 2010, p. 19.

[54] AREDOC, « Mission d'expertise médicale 2009 – Mise à jour 2014 », *La lettre AREDOC* point 18-3, [en ligne : http://www.aredoc.com/system/files/Mission%202014_intégrale.pdf], consulté le 20 juill. 2016.
Étonnamment, la classification sur l'échelle à sept degrés est en revanche préconisée pour ce qui concerne le préjudice esthétique (point 17), alors même que le risque d'une appréciation subjective par les experts existe de la même façon, v. J. MATTIUSSI, *L'apparence de la personne physique*, th. dactyl. Paris I, 2016, n° 485, p. 403.

alors des termes couramment associés à l'échelle à 7 degrés[55] : ainsi trouve-t-on souvent dans les décisions qui elles-mêmes évoquent les résultats de l'expertise, mention de préjudices sexuels « léger », « très léger », « majeur », « important », « total ». Ce faisant, ils peuvent exercer un rôle crucial dans l'évaluation de ce poste de préjudice, dans la mesure où leur parole est souvent déterminante pour les magistrats[56].

La position des experts qui se prononcent sur la gravité du préjudice est alors d'autant plus problématique qu'ils pourraient être influencés par une tendance à considérer comme plus graves les atteintes aux organes sexuels masculins. Une telle tendance transparaît dans la plupart des barèmes s'agissant de la fixation des taux d'incapacité pour l'évaluation du déficit fonctionnel permanent. Ainsi, le *Barème indicatif d'évaluation des taux d'incapacité en droit commun* du Concours médical indique un taux d'incapacité de 20 à 25% pour la perte de la verge tandis qu'il ne dépasse pas les 10% pour les autres atteintes (mammectomie bilatérale : 10%, orchidectomie et ovariectomie bilatérale 6%, hystérectomie 6%...)[57]. Les chiffres sont similaires dans le *Barème d'évaluation des taux d'incapacité des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales.* Le *Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique* assortit la perte de la verge d'un taux de 40% tandis qu'aucune autre atteinte à un organe sexuel ne dépasse les 25%[58]. Enfin, selon le *Barème indicatif d'invalidité accidents du travail,* la perte de la verge entraîne un taux d'incapacité de 50 à 60%, et ces taux sont relevés de 60 à 80% dans l'hypothèse où s'y ajoute la perte des testicules[59]. L'hystérectomie et la perte des ovaires entraînent, quant à elles, chacune une incapacité de 50 et 20%, mais qui ne s'additionnent pas si une personne

[55] Les qualifications du *Barème d'évaluation médico-légale*, préc., p. 135, renvoyant aux qualifications utilisées pour évaluer le préjudice esthétique p. 130, sont : « minime » (0,5), « très léger » (1), « entre très léger et léger » (1,5), « léger » (2), « entre léger et modéré » (2,5), « modéré » (3), « entre modéré et moyen » (3,5), « moyen » (4), « entre moyen et assez important » (4,5), « assez important » (5), « entre assez important et important » (5,5), « important » (6), « entre important et très important » (6,5), « très important » (7).

[56] Elle est en effet relevée dans de nombreuses décisions, ex. décisions n° 46 (CA Besançon, 1re ch. civ. sect. A, 6 févr. 2013, n° 11/02378 : « *compte tenu des indications données par l'expert qui a retenu ce poste de préjudice comme caractérisé, il convient d'allouer une indemnité de 20 000 €* ») ; n° 56 (CA Paris, pôle 2, ch. 4, 7 mars 2013, n° 12/07526) ; n° 60 (CA Metz, ch. soc., sect. 2, 12 mars 2013, n° 09/01396) ; n° 62 (CA Saint-Denis de la Réunion, ch. TGI, 15 mars 2013, n° 11/01439) ; n° 87 (CA Aix-en-Provence, 14e ch., 28 mai 2013, n° 10/11771) ; n° 91 (CA Chambéry, 2e ch., 6 juin 2013, n°12/01075) ; n° 147 (CA Angers, ch. 1B, 2 févr. 2012, n° 11/00524) ; n° 159 (CA Poitiers, 3e ch. civ., 16 janv. 2013, n° 11/03727), n° 165 (CA Pau, 2e ch., sect. 1, 12 févr. 2013, n° 12/00427) ; n° 167 (CA Versailles, 5e ch., 21 févr. 2013), n° 10/02406), n° 181 (CA Rouen, ch. urg et sécu soc., 4 juin 2013, n° 12/01589).

[57] *Barème indicatif dévaluation des taux d'incapacité en droit commun*, Le Concours médical, 2001, 6e éd., p. 92-93.

[58] *Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique*, Anthemis, LGDJ, 2010, p. 57.

[59] Annexe I à C. sécu soc. R434-32 (13).

subit les deux atteintes : le taux d'incapacité associé à une première lésion est calculé sur la base d'une capacité de 100%, mais pour une seconde lésion, le taux d'incapacité est calculé sur la base de la capacité restante. Ainsi, si une femme subit une hystérectomie entraînant une incapacité de 50% et une ovariectomie entraînant une incapacité de 20%, ce dernier taux sera calculé sur la base de 50% restants, ce qui le porte à 10%. Selon cette méthode de calcul[60], les taux attachés aux lésions portées aux organes sexuels féminins ne peuvent donc jamais atteindre les 80% qui constituent le seuil maximal chez les hommes. Il faut encore souligner que l'atteinte à certains organes féminins ne se voit associer aucun taux d'incapacité par ces barèmes : il en va ainsi du clitoris, du vagin et des lèvres vaginales étrangement absents des « organes sexuels ».

Certains des barèmes évoqués justifient explicitement les taux d'incapacité élevés liés à la perte des organes sexuels masculins. Le *Guide barème européen* énonce ainsi en préambule que « *certaines atteintes, en particulier de la sphère sexuelle (mastectomie bilatérale, amputation de la verge), sont caractérisées par des taux qui pourraient sembler assez élevés. Mais ces taux tiennent compte du contexte socio-culturel européen que l'évaluation ne pourrait ignorer* »[61]. Le *Barème d'invalidité accidents du travail* précise quant à lui que les taux liés à la perte du pénis sont exprimés « *compte tenu des troubles psychiques en résultant* »[62]. Il est ainsi reconnu à la perte des organes virils des implications sociales et psychiques si importantes qu'elles justifient d'être prises en considération dans la fixation du taux d'incapacité, ce que l'on ne mentionne pas s'agissant de la perte des organes féminins. On le voit, les barèmes proposés dans le cadre de l'évaluation du préjudice fonctionnel comportent donc indubitablement un biais de genre qui minimise la place des organes sexuels féminins par rapport aux organes masculins. Il est donc légitime de poser la question des autres stades auxquels pourraient intervenir des difficultés similaires.

B) La parole des victimes

Recueillie par l'expert·e, la parole de la victime, de même que celle de son ou sa partenaire, est souvent l'élément déterminant de l'appréciation du préjudice sexuel par les juges[63]. Lorsqu'en l'absence d'atteinte organique le préjudice sexuel est d'origine

[60] Décrite, à titre indicatif, par l'annexe I à l'article R434-32 (1) du Code de la sécurité sociale.
[61] *Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique*, Anthemis, LGDJ, 2010, p. 6.
[62] Annexe I à C. sécu soc. R434-32 (13).
[63] V. par ex. CA Aix-en-Provence, 14 mars 2012, n° 10/06077 (victime de sexe féminin) et CA Bastia, 11 janv. 2012, n° 09/00874 (victime de sexe masculin) où les juges relèvent que le préjudice sexuel n'a pas été évoqué par les experts parce qu'il ne figure pas parmi les doléances de la victime ; CA Grenoble, 15 janv. 2013,

exclusivement psychologique ou neuropsychologique, la parole de la victime est même l'unique élément sur lequel il est possible de se baser pour caractériser l'existence d'un préjudice sexuel. Cette particularité rend difficile l'évaluation du préjudice sexuel[64], la sexualité étant un sujet intime qu'il n'est pas évident d'aborder pour la victime[65] et pour les experts[66].

Le rapport à la sexualité étant construit différemment pour les hommes et les femmes, nous nous sommes interrogées sur le point de savoir si cette place de la parole n'était pas de nature à accentuer les biais de genre au moment de l'expertise. Nous avons alors avancé l'hypothèse selon laquelle les deux sexes n'auraient pas la même attitude face à l'exposition de leur intimité et face à l'expression du caractère « satisfaisant » de leur vie sexuelle. Les experts retranscrivant ce qu'ils entendent, et les juges se reposant sur le rapport d'expertise pour évaluer le montant de la réparation, le genre de la victime pourrait alors influer sur l'indemnisation du préjudice. Si les hommes avaient, par exemple, moins de difficultés à s'exprimer sur ce point, cela pourrait expliquer que l'indemnisation des femmes soit légèrement moins élevée que la leur.

Dans le but de vérifier cette hypothèse, nous avons envoyé en 2013 un questionnaire à tous les médecins-experts en réparation du dommage corporel et traumatologie séquellaire disposant d'une adresse électronique valide, inscrits sur les listes d'experts officielles publiées sur le site Internet de la Cour de cassation. Parmi les dix questions posées, l'une d'entre elles était formulée de la manière suivante : « *avez-vous le sentiment que les victimes éprouvent des difficultés à évoquer leur préjudice sexuel lors de l'expertise ? Le cas échéant, avez-vous l'impression que cette difficulté concerne un sexe en particulier ?* ». Les résultats reçus, s'ils ne peuvent être utilisés comme un échantillon totalement représentatif, peuvent cependant être utilisés comme outil exploratoire.

---

n° 10/04104 (victime de sexe masculin) où la demande d'indemnisation du préjudice sexuel est rejetée au motif notamment qu'il n'a pas été évoqué dans l'expertise ; CA Aix-en-Provence, 18 avr. 2012, n° 09/12696 : le préjudice sexuel n'a pas été abordé spontanément par la patiente « *dont on peut penser qu'il ne constitue pas une revendication majeure chez une femme de 59 ans* » ; pour des décisions où à l'inverse le juge s'appuie explicitement sur l'existence de doléances de la victime pour évaluer le préjudice : décision n° 24 (CA Toulouse, 30 nov. 2012, n° 09/03294 : victime de sexe masculin) ; CA Bastia 19 déc. 2012, n° 11/00399 (victime de sexe masculin) ; A. ROGIER, « Les difficultés rencontrées par l'expert », *in* AMEDOC, *Le préjudice sexuel – Éléments médico-légaux à l'usage du juriste et du médecin*, ESKA, Paris, 2001, p. 63.

[64] R. COSTAGLIOLA, N. TELMON, P. PLANTE et D. ROUGE, « Les difficultés d'évaluation du préjudice sexuel post-traumatique », *in* AMEDOC, *Le préjudice sexuel – Éléments médico-légaux à l'usage du juriste et du médecin*, ESKA, Paris, 2001, p. 69.

[65] B. PROUST, M. PENNEAU et A. ROGIER, « Conclusions et propositions », *in* AMEDOC, *Le préjudice sexuel – Éléments médico-légaux à l'usage du juriste et du médecin*, ESKA, Paris, 2001, p. 99.

[66] A. ROGIER, « Les difficultés rencontrées par l'expert », *in* AMEDOC, *Le préjudice sexuel – Éléments médico-légaux à l'usage du juriste et du médecin*, ESKA, Paris, 2001, p. 63.

Sur les 33 réponses qui nous sont parvenues, 23 font état d'une difficulté plus ou moins grande pour la victime à parler de son préjudice sexuel. La deuxième partie de la question, qui portait directement sur l'influence du sexe de la victime, a souvent été ignorée des répondants puisque 14 experts sont restés silencieux sur ce point. En ce qui concerne les 19 autres, 8 excluent une différence entre les sexes dans l'évocation du préjudice sexuel et 11 admettent une influence du sexe de la victime. Parmi ces 11 réponses, 8 indiquent qu'il est plus facile pour les hommes que pour les femmes d'aborder la question du sexe, 2 affirment que ce sont les hommes qui sont les plus embarrassés, tandis qu'une réponse précise que le préjudice sexuel est plus difficile à évoquer si la victime et l'expert sont de sexe différent. Cette réponse plus nuancée est intéressante en ce qu'elle fait intervenir dans l'analyse le genre de l'expert·e lui ou elle-même, mais elle va également dans le sens d'une plus grande difficulté pour les femmes à évoquer leur préjudice sexuel. En effet, les experts étant en majorité de sexe masculin[67], cela revient à constater que les femmes victimes se retrouveront plus souvent en situation de gêne que les hommes quant à l'évocation de leur préjudice[68].

Si ces résultats confirment la pertinence de l'hypothèse posée, ils ne permettent pas de la vérifier formellement, les réponses recueillies étant trop peu nombreuses pour en tirer de fermes conclusions. Il nous faut donc nous contenter de souligner que parmi les experts qui constatent une influence du sexe de la victime, une majorité se dégage dans le sens d'une difficulté accrue pour les femmes à parler de leur préjudice sexuel, ce qui pourrait expliquer les légères disparités constatées en jurisprudence.

Conclusion

Si la réparation des conséquences du dommage corporel est toujours une opération complexe, certains postes de préjudice sont particulièrement délicats à définir et à évaluer. Le préjudice sexuel est manifestement de ceux-là : parce qu'il touche à la sphère la plus intime des victimes, parce que la sexualité est liée aux rapports de genre et à l'idée de normalité, il fallait s'interroger sur les multiples biais susceptibles d'influencer l'appréciation du préjudice sexuel.

[67] Nous affirmons cela sur la base des listes officielles d'experts. Si elles ne contiennent aucune information quant au sexe des experts, elles indiquent en revanche leurs prénoms qui, souvent genrés, permettent de constater que les expertises sont réalisées par une grande majorité d'hommes. En outre, sur les trente-trois réponses obtenues à notre questionnaire, vingt-cinq proviennent d'experts de sexe masculin. Cependant il faut faire état des chiffres annoncés par la Fédération Française des Associations de Médecins Conseils, qui affirme dans sa réponse à notre questionnaire, que 40% des médecins-experts sont aujourd'hui des femmes.

[68] Toutefois, il faut signaler qu'outre les trente-trois réponses obtenues, la Fédération Française des Associations des Médecins Conseils Experts a tenu à répondre à notre questionnaire et a indiqué à cette occasion que la difficulté à évoquer le préjudice sexuel vaut aussi bien pour les hommes que pour les femmes.

Dès lors que l'on choisit de réparer ce qui, par définition, ne peut pas l'être, il est en effet nécessaire, pour répondre aux impératifs d'égalité devant la loi, que cette réparation ait lieu de la façon, sinon la plus égale, du moins la plus neutre possible aux multiples rapports de pouvoirs, de discriminations et d'inégalité qui parcourent le domaine de la sexualité. Espérons que la future réforme de la responsabilité civile soit l'occasion de poursuivre la réflexion sur ces questions.