



NORGES HØYESTERETT

Den 19. desember 2013 avsa Høyesterett dom i

HR-2013-02640-A, (sak nr. 2013/1187), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Pasientskadenemnda

(advokat Bente Tautra – til prøve)

mot

A

(advokat Ann-Iren Vestli – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Bergsjø**: Saken gjelder krav om erstatning for psykisk skade fra en mor som i 2008 fødte et barn med Downs syndrom.
- (2) Samboerparet A og B fikk i 2001 tvillinger etter prøverørsbefruktning. Tvillingguttene ble født prematurt i uke 25. Omsorgen for guttene har på grunn av følgetilstander etter den tidlige fødselen vært svært krevende. I 2006 fikk paret en datter, også dette etter prøverørsbefruktning. Datteren har en normal helsetilstand.
- (3) A ble på nytt gravid i 2007, uten at dette var planlagt. På grunn av omsorgsbelastningen hun hadde fra før, bestemte hun i samråd med samboeren at hun ville avbryte svangerskapet dersom det gjennom undersøkelser ble påvist at barnet ville ha nedsatt funksjonsevne. Etter samtaler med fastlege og gynekolog ble hun henvist til Kvinneklinikken ved X universitetssykehus for utredning. Her ble hun 29. oktober 2007 undersøkt og orientert om at bare fostervannsprøve kunne utelukke kromosomfeil. Noen slik prøve ble imidlertid ikke tilbudt, og det ble ikke gjennomført ytterligere undersøkelser.
- (4) Datteren C ble født 00.00.2008. Det viste seg kort tid etter fødselen at hun hadde Downs syndrom.

- (5) Etter henvendelse fra A konkluderte X universitetssykehus i brev 18. juli 2008 med at hun skulle blitt tilbudt "genetisk veiledning", og at hun var utsatt for behandlingssvikt. På denne bakgrunn sendte A skademelding til Norsk pasientskadeerstatning. I vedtak 24. juni 2009 fant Norsk pasientskadeerstatning at det forelå behandlingssvikt, men at fødsel av et barn med Downs syndrom ikke er en skade som har erstatningsrettslig vern. Erstatningskravet ble følgelig avslått.
- (6) Vedtaket ble påklaget til Pasientskadenemnda. I et støtteskriv anførte hennes advokat at A var påført "en skade under diagnostisering i svangerskap". Hun krevde ikke erstatning for utgiftene ved å ha fått barn, "men for de ekstraavgifter som skyldes barnets syndrom". Pasientskadenemnda stadfestet Norsk pasientskadeerstatnings vedtak. Også Pasientskadenemnda la til grunn at kravet ikke hadde erstatningsrettslig vern.
- (7) A brakte Pasientskadenemndas vedtak inn for Hardanger tingrett. For tingretten anførte hun at hun var påført en pasientskade som følge av at hun ble fratatt muligheten til å velge lovlig svangerskapsavbrudd. Hun fremhevet psykiske vansker, omsorgsbelastning og at "hennar situasjon etter fødselen av C" var å anse som en pasientskade. Tingretten avsa 2. mai 2012 dom med slik domsslutning:
- "1. A vert å tilkjenne erstatning for det økonomiske tapet ho er påført som følge av mangelfull diagnostisering og rettleiing under svangerskapet i 2007/2008.
2. A vert innan 14 – fjorten – dagar frå forkynning av dommen tilkjent sakskostnader med 105 781 – eitthundreogfemtusensjuhundreogåttiein – kroner."
- (8) Staten v/Pasientskadenemnda påanket dommen til Gulating lagmannsrett. Også for lagmannsretten argumenterte A med at omsorgen for datteren var krevende, samt at hun var påført en depresjons- og angstlidelse. Lagmannsretten fant det sannsynliggjort at As psykiske lidelse på adekvat måte var forårsaket av behandlingssvikten. I dom 19. april 2013 forkastet lagmannsretten anken.
- (9) I anke til Høyesterett har staten v/Pasientskadenemnda angrepet lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Saken står i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (10) Partene er enige om at det foreligger svikt ved helsehjelp ved at A ikke fikk tilbud om fostervannsdagnostikk, jf. pasientskadeloven 15. juni 2001 nr. 53 § 2 første ledd bokstav a. Det er videre enighet om at slik diagnostikk ville avdekket at barnet hadde Downs syndrom, og at A da ville tatt abort. A er i dag diagnostisert med "generalisert angstlidelse med tilbakevendende depresjoner".
- (11) Den ankende part – *staten v/Pasientskadenemnda* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (12) Det er ikke faktisk årsakssammenheng mellom behandlingssvikten – avslaget på fostervannsdagnostikk – og As psykiske lidelse. Avslaget synes ikke å ha blitt opplevd som spesielt traumatisk, og det er ingen tegn på depresjon eller annen psykisk lidelse i tiden etterpå. Problemene er utløst av fødselen av et barn med Downs syndrom og den omsorgssituasjonen som dette førte til, ikke av svikten ved helsehjelpen. Svikten er under enhver omstendighet en for uvesentlig årsaksfaktor til å medføre ansvar.

- (13) Barnets eksistens er ikke en skade som er erstatningsrettslig vernet. Det er i denne sammenhengen ikke grunnlag for å skille mellom fødsel av et friskt og et funksjonshemmet barn.
- (14) Tapet på grunn av As psykiske lidelse er ikke en adekvat følge av behandlingssvikten. Risikoen for å få et barn med Downs syndrom var liten og sannsynligheten for en psykisk lidelse enda mindre. Sykdomsutviklingen har tatt tid. Også i adekvansvurderingen er det av betydning at en vesentlig faktor i årsaksbildet – fødselen av barnet – ikke er erstatningsrettslig vernet.
- (15) Det foreligger ingen krenkelse av EMK artikkel 3 og 8.
- (16) Staten v/Pasientskadenemnda har lagt ned slik påstand:
- "1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.**
 - 2. Staten v/Pasientskadenemnda tilkjennes sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."**
- (17) Ankemotparten – A – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (18) Lagmannsrettens dom er riktig i resultat og begrunnelse. Avslaget på anmodningen om fostervannsdagnostikk har forårsaket en psykisk lidelse i form av generalisert angstlidelse med tilbakevendende depresjoner. Behandlingssvikten førte til en psykisk reaksjon som i kombinasjon med usikkerheten under svangerskapet og en retraumatisering ved fødselen resulterte i en varig lidelse. Kravet knytter seg til at fostervannsdagnostikk ble nektet, og at A dermed ikke hadde det nødvendige grunnlag for å velge abort – ikke til barnets fødsel. En slik psykisk lidelse er en skade som gir grunnlag for erstatning etter pasientskadeloven.
- (19) Det foreligger faktisk årsakssammenheng mellom behandlingssvikten og skaden. Dersom fostervannsprøve hadde blitt tatt, hadde den påvist kromosomfeil. A ville da tatt abort og unngått den psykiske lidelsen. Svikten er så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den.
- (20) Det er en nær og direkte sammenheng mellom avslaget på fostervannsdagnostikk og den psykiske skaden. Ved en slik svikt er det ikke upåregnelig at resultatet blir en varig psykisk skade. Skaden er med dette adekvat.
- (21) Nektelsen av å foreta fostervannsprøve innebærer en krenkelse av EMK artikkel 3 og 8.
- (22) A har lagt ned slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
 - 2. A tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett."**
- (23) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*

- (24) Spørsmålet i saken er om A har krav på erstatning "på grunn av pasientskade", jf. pasientskadeloven § 2 første ledd. Kravet er angitt å gjelde psykisk skade på A, ikke det forhold at hun har født et barn med Downs syndrom. Jeg finner det likevel naturlig å ta utgangspunkt i rettskilder som belyser rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet når det fødes et barn, til tross for at medisinsk behandling skulle forhindre fødselen.
- (25) I NOU 1992: 6 Erstatning ved pasientskader punkt 4.4.1 omtales gjeldende rett under de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning. Reglene gjaldt fra 1. januar 1988 og var begrenset til fysiske skader. På side 38 kommenterer utvalget de tilfeller hvor en abort eller sterilisering mislykkes med det resultat at det fødes et barn, men uten at mor blir fysisk skadet. Her heter det:
- "Pasientskadenemnda har avvist krav om erstatning i slike saker fordi det ikke foreligger noen 'skade', og fordi det i slike tilfelle ikke bør ytes erstatning for utgiftene til barnets oppfostring m.v., ..."**
- (26) Utvalget følger opp disse synspunktene i kommentarene til lovforslaget § 1, som bygde på at også psykiske skader kunne gi grunnlag for erstatning. På side 90 uttaler utvalget:
- "Utvalget vil presisere at skadebegrepet etter dette ikke omfatter krav som følge av at det blir født et barn hvis fødsel et inngrep skulle forhindre. Hvis f. eks. en sterilisering av en av ektefellene mislykkes, og de får et barn, vil utgiftene i forbindelse med fødselen og barnets oppfostring ikke falle inn under det det kan kreves erstatning for etter § 3 første til tredje ledd. Etter Utvalgets syn vil det ikke her foreligge en personskade, og kravet må eventuelt forfølges etter vanlige erstatningsregler. Hvorvidt slike krav overhodet vil føre frem etter norsk rett, finner ikke Utvalget grunn til å gå nærmere inn på. Under enhver omstendighet bør de ikke være gjenstand for erstatning etter regler som bygger på et strengere ansvar enn culperegelen."**
- (27) Eksempelbruken tyder på at utvalget først og fremst har hatt i tankene krav om erstatning for utgiftene til et barns oppfostring. Men uttrykket "krav som følge av" at det fødes et barn etter et mislykket inngrep, har en videre rekkevidde. Dette kommer jeg tilbake til.
- (28) I Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) side 92 slutter departementet seg i sin redegjørelse for skadebegrepet til utvalgets vurderinger. Departementet tilføyer at "det ikke [er] grunn til å ha andre løsninger i pasientskadeloven enn erstatningsretten for øvrig på dette punktet".
- (29) Høyesterett behandlet i Rt. 1999 side 203 – steriliseringsdommen – et krav om erstatning for blant annet oppfostringsutgifter som følge av at det etter et steriliseringsinngrep likevel ble født et friskt barn. Kravet var rettet mot fylkeskommunen som sykehuseier og basert på de alminnelige erstatningsreglene. På side 206 tar førstvoterende avstand fra en anførsel om at erstatningsplikt fulgte av skadeserstatningsloven, og at unntak krevde en særlig begrunnelse. Videre refereres uttalelser fra byretten og lagmannsretten om at det ville bryte med den alminnelige rettsfølelse å tilkjenne erstatning. I fortsettelsen heter det:
- "Det kan anføres argumenter både for og imot erstatningsrettslig vern. Det må tas i betraktning at de faktiske forhold i forbindelse med et uønsket svangerskap kan være svært forskjellige og ofte medføre betydelige problemer. Også den store breidde i det erstatningsrettslige vern som vår lovgivning og rettspraksis gir interesser både av økonomisk og ikke-økonomisk art, er et moment av betydning. Etter mitt syn beror imidlertid avgjørelsen langt på vei på et verdivalg. Det er tale om en interesse som etter min mening ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål. Jeg ser det som den beste løsning, i relasjon til barnets, foreldrenes og samfunnets interesser generelt"**

vurdert, ikke å anerkjenne erstatningsrettslig vern for det krav som er reist i denne saken."

- (30) Krav som alene er begrunnet med at det blir født et friskt barn etter et inngrep som skulle forhindre fødselen, har etter dette ikke erstatningsrettslig vern. Standpunktet beror på et verdivalg – det er tale om en interesse som ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål.
- (31) De nevnte kildene sier ikke noe uttrykkelig om det erstatningsrettslige vernet dersom barnet har nedsatt funksjonsevne. Jeg finner det imidlertid klart at løsningen må bli den samme her. På dette punktet viser jeg til at førstvoterende i steriliseringsdommen nettopp fremhevet at forholdene i forbindelse med et uønsket svangerskap kan være forskjelligartede. Standpunktet om at slike interesser ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål, gjelder like mye når barnet har en funksjonsnedsettelse. Vår lovgivning bygger dessuten på at alle menneskeliv er like verdifulle. Straffeloven § 135a forbyr å fremme ringeakt overfor noen på grunn av nedsatt funksjonsevne. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 1 slår fast at lovens formål er å "fremme likestilling og likeverd, sikre like muligheter og rettigheter til samfunnsdeltakelse for alle, uavhengig av funksjonsevne, og hindre diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne". Og jeg viser til bioteknologiloven § 1-1 og til forarbeidsuttalelsene i Ot.prp. nr. 64 (2002–2003) side 27.
- (32) Også Frostating lagmannsrett kom i dom 5. august 1997 – LF-1996-1005 – til at fødsel av friske barn og barn med nedsatt funksjonsevne må likestilles i erstatningsrettslig sammenheng. Pasientskadenemnda synes konsekvent å ha lagt samme syn til grunn, se for eksempel PSN-2006-295.
- (33) Kravet i denne saken knytter seg imidlertid ikke til at det er født et barn med Downs syndrom og til de økonomiske konsekvensene av dette. A gjør gjeldende at hun er påført en psykisk lidelse i form av en generalisert angstlidelse med tilbakevendende depresjoner. Selve diagnosen er ikke bestridt fra statens side. Lagmannsretten uttaler følgende om årsakene til lidelsen:
- "Lagmannsretten legger etter dette til grunn som sannsynliggjort at As psykiske lidelse, slik denne er redegjort for av psykologspesialist Lauritsen, er en følge av avslaget på fostervannsdagnostikk kombinert med den derpå følgende usikkerhet rundt fosterets tilstand, og retraumatisering etter at det viste seg at C hadde Downs syndrom."**
- (34) Det er på det rene at pasientskadeloven også omfatter psykiske skader, uavhengig av om de inntreffer i sammenheng med en fysisk skade. Dette følger allerede av ordlyden i § 1, som uttaler at loven gjelder "skader" helt generelt. Jeg viser videre til Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) side 54–55, der dette er sagt uttrykkelig.
- (35) As psykiske skade har imidlertid nær tilknytning til fødselen av et barn med Downs syndrom. For Høyesterett er det ikke fremlagt medisinsk dokumentasjon overhodet. Jeg har derfor ikke noe grunnlag for å etterprøve lagmannsrettens bevisbedømmelse og er henvist til å tolke dommens redegjørelse for bevisresultatet. Slik jeg forstår dommen på dette punktet, er det lagt til grunn at A opplevde usikkerhet og frykt etter at hun ikke ble tilbudt fostervannsdagnostikk. Denne frykten og usikkerheten knyttet seg til muligheten for at hun ville få et barn med nedsatt funksjonsevne, noe hun i en belastet situasjon ikke

kunne klare. Dommen må videre forstås slik at A opplevde det som et traume at barnet viste seg å ha Downs syndrom.

- (36) Jeg ser uten videre at A – som allerede hadde en tung omsorgsbelastning – her har havnet i en svært vanskelig situasjon som følge av svikt fra sykehusets side. Det er heller ingen grunn til å tvile på at hennes lidelse er reell og tyngende. Spørsmålet er likevel om psykiske skader med en så nær tilknytning til fødselen av et barn har erstatningsrettslig vern.
- (37) Ingen av de rettskilder jeg tidligere har nevnt, tar direkte standpunkt til dette spørsmålet. De gir likevel etter mitt syn klar støtte for at heller ikke slike skader på mor er erstatningsrettslig vernet.
- (38) Som jeg allerede har vært inne på, slår utvalget i NOU 1992: 6 side 90 fast at skadebegrepet ikke omfatter krav ”som følge av” at det blir født et barn, til tross for at et inngrep skulle forhindre det. Også en psykisk skade som den A er påført, må i vid forstand sies å være en følge av en slik fødsel. De hensyn som utvalget bygger på, synes dessuten å ha rekkevidde ut over de eksempler som trekkes frem. Høyesteretts begrunnelse i steriliseringsdommen er videre verdibasert. Hensynet til barnet må her ha stått sentralt. For barn vil det kunne være en belastning å bli ansett som en "skade" som gir grunnlag for erstatning – enten barnet er friskt eller funksjonshemmet. Det samme må gjelde ved skade som rammer foreldrene, når denne har sammenheng med barnets eksistens eller frykten for å få barnet. Hensynene bak de prinsipper som er utviklet rundt krav om erstatning for uønsket fødsel, slår altså til med samme tyngde på problemstillingen i foreliggende sak.
- (39) Dersom det åpnes for erstatning for skade på mor i slike tilfeller, kan det bidra til å undergrave de hensyn som steriliseringsdommen bygger på. Videre kan det skape vanskelige avgrensings- og bevisproblemer. En problemstilling ville være om det skal ytes erstatning også når den psykiske lidelsen utløses av fødselen alene, og ikke som anført her allerede av behandlingssvikten. Og hvis man skulle skille mellom disse tilfellene, ville det være vanskelig å avgjøre om årsaken til de psykiske plagene lå i behandlingssvikten eller i barnets eksistens.
- (40) En samlet avveining av disse hensynene tilsier at krav med en så nær tilknytning til fødsel av et barn, ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål.
- (41) Jeg ser det altså slik at As krav ikke er erstatningsrettslig vernet etter norsk rett. Med dette er det ikke nødvendig for meg å ta stilling til om det er adekvat årsakssammenheng mellom behandlingssvikten og den psykiske skaden.
- (42) A har anført at nektelse av å foreta fostervannsprøve utgjør en krenkelse av EMK artikkel 3 om tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling, og artikkel 8 om respekt for privatliv og familieliv. Argumentasjonen har særlig knyttet seg til Den europeiske menneskerettsdomstolens dom 26. mai 2011 i saken R. R. mot Polen. I den saken forelå det klare indikasjoner på at fosteret hadde misdannelser. Til tross for dette, ble moren nektet både fostervannsprøve og abort. Hun ble avvist av fastlege, lokalsykehus og universitetssykehus. Videre ble hun kritisert og utsatt for nedverdiggende kommentarer. EMD konstaterte krenkelse både av artikkel 3 og artikkel 8.

- (43) Vår sak skiller seg fra saken R. R. mot Polen på mange måter. I As tilfelle ga undersøkelsene ingen konkrete indikasjoner på kromosomfeil hos fosteret. Tvert imot ble risikoen for å få et barn med Downs syndrom ansett som svært lav. Den klare hovedregel er at fostervannsdagnostikk bare tilbys dersom det foreligger indikasjon for dette, jf. rundskriv IS-23/2004 Veiledende retningslinjer for bruk av ultralyd i svangerskapet. As situasjon omfattes av en relativt snever unntaksregel. A ble ikke nektet svangerskapsavbrudd. Det er heller ingen holdepunkter for at hun på noen måte ble behandlet dårlig, ut over at hun ikke fikk et behandlingstilbud som hun hadde krav på. Etter mitt syn kan saken R. R. mot Polen ikke begrunne at As rettigheter etter EMK artikkel 3 og 8 er krenket.
- (44) I denne forbindelse viser jeg også til menneskerettsdomstolens dom 6. oktober 2005 i saken Draon mot Frankrike. Domstolen slår der fast at statene på et område som dette nyter "a wide margin of appreciation". Jeg konkluderer på denne bakgrunn med at det ikke foreligger noen krenkelse av EMK.
- (45) Staten v/Pasientskadenemnda må etter dette frifinnes. Saken har prinsipiell interesse, samtidig som det er naturlig å se hen til styrkeforholdet mellom partene. Sakskostnader tilkjennes derfor ikke for noen instans.
- (46) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.
 2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.
- (47) Dommer **Indreberg**: Jeg er kommet til at anken må forkastes.
- (48) Slik jeg ser det, er det avgjørende at det i vår sak – i motsetning til i steriliseringsdommen og i Frostating lagmannsretts dom 5. august 1997 – kreves erstatning for mors psykiske skade, ikke for utgifter til oppfostring av et uønsket barn. Den generelle uttalelsen i NOU 1992: 6 side 90 om at skadebegrepet ikke omfatter krav som følge av at det blir født et barn hvis fødsel et inngrep skulle forhindre, må leses i lys av det etterfølgende eksempelet, som omtaler utgifter i forbindelse med fødselen og barnets oppfostring. Jeg kan ikke se at uttalelsen er til hinder for å erstatte psykisk skade som følge av svikt i helsehjelp i forbindelse med familieplanlegging.
- (49) Jeg legger som lagmannsretten til grunn at det er en faktisk årsakssammenheng mellom svikten i helsehjelpen og mors psykiske skade – angstlidelse med tilbakevendende depresjoner. Etter mitt syn er dette en adekvat årsakssammenheng. A bad om å få undersøkt fosteret fordi hun og samboeren kom til at familien ikke ville make den ekstra belastningen omsorg for et nytt barn med nedsatt funksjonsevne ville innebære. De hadde allerede tvillinger som på grunn av for tidlig fødsel hadde nedsatt syn, hørsel og motorikk og et barn født året før. Det var også denne livssituasjonen som gjorde at manglende tilbud om fostervannsdagnostikk er en svikt i helsehjelpen, se retningslinjene i rundskriv IS-23/2004 hvor gjeldende indikasjoner for fosterdiagnostikk omtales. Det heter her:

"Det fremgår videre at i spesielle tilfeller kan kvinner eller par som er i en vanskelig livssituasjon, og som mener de ikke vil klare den ekstra belastning et funksjonshemmet barn kan medføre, kan få tilbud om fosterdiagnostikk."

- (50) Jeg nevner at når det avgjørende er at svikt ved helsehjelpen har ført til psykisk skade, vil ikke vårt tilfelle skille seg rettslig fra et tilfelle der en kvinne søker erstatning for psykisk skade som følge av en mislykket abort, hvor barnet som blir født ikke har nedsatt funksjonsevne. Også en slik sak kan bunne i at kvinnen har vurdert det som umulig å mestre sin livssituasjon etter at barnet er født, og utvikler psykisk sykdom som følge av at den helsehjelpen hun oppsøkte for å unngå å komme i en slik situasjon, sviktet.
- (51) Jeg har vanskelig for å se at erstatning til mor vil være problematisk for barnet. Hvorvidt barnet etter hvert blir klar over at det var uønsket på grunn av familiens vanskelige livssituasjon, påvirkes neppe i vesentlig grad av om mor ytes erstatning eller ikke. Og erstatning kan ikke sees som en undergraving av respekten for det fødte liv. Det er mors helseskade som erstattes.
- (52) Jeg har også vanskelig for å se at bevisproblemer eller avgrensingsproblemer på avgjørende måte taler mot å anse kravet som erstatningsrettslig vernet.
- (53) For øvrig er jeg enig i førstvoterendes vurdering av betydningen av EMK.
- (54) Dommer **Matheson:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Indreberg.
- (55) Dommer **Bull:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bergsjø.
- (56) Dommer **Øie:** Likeså.
- (57) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Staten v/Pasientskadenemnda frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: