

B0845009 – TLS/DG/AJ

MODTAGET
FOR JURNALEN
16 DEC. 2010

LVT

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

DOM

Afsagt den 16. december 2010 af Østre Landsrets 4. afdeling
(landsdommerne Gunst Andersen, Michael Dorn og Henrik Riis Andreasen (kst.)).

4. afd. nr. B-845-10:

A

(advokat Andreas Christensen)

mod

Indenrigs- og Sundhedsministeriet

(tidligere Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse)

(Kammeradvokaten v/advokat Lisbet Vedel Thomsen)

Denne sag, der er anlagt ved Københavns Byret ved stævning af 13. august 2009 og af denne ved kendelse af 16. marts 2010 henvist til behandling ved landsretten i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1, angår spørgsmålet om, hvorvidt en kvinde har ret til at få udleveret sæd, som kvindens ægtefælle kort før sin død deponerede i en sædbank.

Sagsøgeren, **A**, har principalt nedlagt påstand om, at sagsøgte, Indenrigs- og Sundhedsministeriet (tidligere Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse), tilpligtes at anerkende, at afgørelse af 8. oktober 2008 er ulovlig og ugyldig, subsidiært at Indenrigs- og Sundhedsministeriet tilpligtes at anerkende, at lov nr. 460 af 10. juni 1997 om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning mv. med senere ændringer og bekendtgørelse nr. 1724 af 21. december 2006 om kunstig befrugtning ikke

er til hinder for, at **A** år udleveret den sæd, som af **B** er deponeret hos Cryos International – Denmark ApS.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

Den 23. november 2007 deponerede **A'** s ægtefælle, **B**, en sædprøve i sædbanken Cryos International – Denmark ApS. Deponeringen skete efter, at **B** havde fået konstateret en alvorlig kræftsygdom, der indebar behandling med kemoterapi. Ved deponeringen udfyldte **B** en blanket med overskriften "Deponering af sæd", hvor han i to afkrydsningsrubrikker tilkendegav, at han ønskede at "sikkerhedsdeponere medfølgende egen sædprøve", og at deponeringen skulle vare et år som minimum.

I den del af blanketten, som **B** udfyldte, hedder det i en fortrykt tekst:

"Ved min underskrift erklærer jeg mig indforstået med, at omstående generelle betingelser for sikkerhedsdeponering af sæd hos Cryos ApS er gældende for aftaleforholdet."

I de generelle betingelser optrykt på samme blanket hedder det blandt andet:

"Cryos ApS forpligter sig til i den aftalte periode at opbevare den af deponenten leverede og nedfrosne sæd under betryggende forhold. Rådighedsretten over deponeret sæd er strengt personlig, og deponenten kan ikke ved testamentariske bestemmelser disponere over sæden, ligesom deponentens dødsbo ikke kan indtræde i deponentens rettigheder.

Den deponerede sæd kan, efter forudgående varsel, udleveres ved deponentens personlige henvendelse til Cryos ApS, eller om det måtte ønskes, for deponentens regning, tilstilles denne eller en af ham anvist læge, hospital eller lignende ved anbefalet forsendelse. Cryos ApS er berettiget til at kræve identiteten dokumenteret i fornødent omfang, før udlevering af sæden finder sted.

Ønsker deponenten at opsigte aftalen eller afgang deponenten ved døden under forløbet af deponeringsperioden, og gøres Cryos ApS bekendt hermed, vil deponentens sæd være at destruere uden unødigt ophold samtidig med, at aftaleforholdet ophører, uden at der fra Cryos ApS' side ydes refusion for evt. tilbageværende aftaleperiode. Cryos ApS er berettiget til at kræve dokumentation i fornødent omfang, før destruktion af sæden finder sted.

Cryos ApS foretager en analyse af den modtagne sæd, hvilken analyse udelukkende har til formål at konstatere sædkvalitet og at vurdere befrugtningedygtighed.

...

For at opfylde kravene i Vævsloven skal deponenten undersøges for HIV og Hepatitis. Disse test skal foretages i forbindelse med sæddeponeringen eller snarest muligt herefter. Disse test skal være foretaget på et af Cryos godkendt laboratorium.

.....”

Den 11. december 2007 underskrev **B** en fuldmagt, hvori han gav sin hustru, **A**, fuldmagt til at ”disponere over mit innskudd i Cryos i Århus Danmark”. Ifølge fuldmagten skulle den gælde for al fremtid.

Den 14. februar 2008 afgik **B** ved døden.

I en mail af 2. oktober 2008 henviste Sundhedsstyrelsen **A** til at rette henvendelse til Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, efter at hun samme dag telefonisk havde anmodet styrelsen om udlevering af den deponerede sæd.

I et brev af 3. oktober 2008 anførte **A** over for Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse, at hun ønskede at sende den deponerede sæd til et andet land i stedet for at lade den destruere. **A** henviste til, at hun i henhold til fuldmagten havde ret til at disponere over sæden på samme måde, som ægtefællen ville have kunnet, såfremt han levede, og at hun derfor havde ret til at føre sæden ud af landet.

Ministeriet besvarede henvendelsen i et brev af 8. oktober 2008, hvoraf blandt andet fremgår:

”I et brev af 3. oktober 2008 har du anmodet om at få udleveret din afdøde mands nedfrosne sæd fra en dansk sædbank. Du vedlægger en fuldmagt fra din mand, hvorefter du er berettiget til at råde over den nedfrosne sæd hos sædbanken Cryos.

Hertil kan jeg oplyse, at lov om kunstig befrugtning m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 923 af 4. september 2006, i § 19 fastslår, at der skal ske destruktion af ægtefællens eller samleverens opbevarede sæd i tilfælde af mandens død.

Loven, der baserer sig på såvel etiske som civilretlige hensyn, er således helt klar på dette punkt, og der er ingen muligheder for, at ministeriet kan meddele dispensation fra bestemmelsen.

Ministeriet kan på denne baggrund ikke imødekomme dit ønske om udlevering af den deponerede sæd.

Det bemærkes, at det i øvrigt fremgår af de medsendte "generelle betingelser" for opbevaring af sæden hos Cryos, at sæden skal destrueres i tilfælde af mandens død, samt at der ikke kan træffes testamentariske bestemmelser over sæden."

Direktør Ole Schou, Cryos International – Denmark ApS, meddelte ved breve af 6. og 20. november 2008 **A'** s advokat, at selskabet ville fortsætte deponeringen af sæden, indtil der er en afgørelse i sagen, og at selskabet ville udlevere sæden til **A** såfremt en retssag skulle give hende medhold i, at lov om kunstig befrugtning med tilhørende bekendtgørelser ikke er til hinder for, at sæden kan udleveres til hende.

Forklaringer

I et brev af 14. september 2010 anmodede **A** s advokat efter aftale med Kammeradvokaten direktør Ole Schou, Cryos International – Denmark ApS, om at besvare følgende spørgsmål:

- ..
1. Hvad er din stilling i Cryos?
 2. Hvor længe har du været ansat i Cryos?
 3. Hvilke ydelser tilbyder Cryos?
 4. Er der læger ansat i Cryos?
 5. (Forudsat, at svaret på spørgsmål 4 er bekræftende)
Hvilke opgaver varetager ansatte læger hos Cryos?
 6. Kan du beskrive forløbet omkring deponering af sæd?
 7. Medvirker ansatte læger til sæddeponeringer hos Cryos? (Såfremt svaret er bekræftende, bedes de ansatte lægers medvirken beskrives)
 8. Kan du beskrive, hvilke ydelser Cryos bistod **A** og **B** med?
 9. Lov om kunstig befrugtning § 1 har følgende ordlyd:
"Loven gælder for kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v., der foretages af en læge eller under en læges ansvar, jf. dog § 18, hvor graviditet hos en kvinde søges etableret på anden måde end ved samleje mellem en kvinde og en mand."
Er Cryos efter din opfattelse omfattet af anvendelsesområdet for lov om kunstig befrugtning? Svaret bedes begrundes.
 10. Er en sæddeponering som den i sagen omhandlede efter din opfattelse omfattet af anvendelsesområdet for lov om kunstig befrugtning? (der henvises herved til

spørgsmål 9) Svaret bedes begrundes.

11. Cryos' aftalevilkår indeholder en bestemmelse om, at deponeret sæd destrueres i tilfælde af deponentens død. Kan du beskrive baggrunden for denne bestemmelse?"

I en mail af 17. september 2010 besvarede direktør Ole Schou de stillede spørgsmål således:

Ad 1: Administrerende direktør.

Ad 2: Siden 1. november 1987.

Ad 3: Salg af donorsæd, opbevaring af (reserveret) donorsæd, opbevaring af egen sæd, æg og embryoner, transport af kønsceller samt salg af kliniske sædrelaterede produkter.

Ad 4: Ja.

Ad 5: Den ansvarlige læge varetager opgaverne som den ansvarlige person jf. Vævsloven og Bekendtgørelse nr. 753, Bekendtgørelse om kvalitet og sikkerhed ved donation, udtagning og testning (humane væv og celler), § 3. I praksis er den ansvarlige læges opgaver mangeartede, idet der er tilsyn overfor ansatte lægers arbejde, udarbejdelse og vedligeholdelse af instrukser, reaktion ved melding om misdannelser, osv. Den ansvarlige læge har det overordnede lægelige ansvar. Den ansvarlige overlæge har normalt ikke klinisk arbejde. Afdelingslæger foretager kun udredning og periodiske undersøge af sæddonorere

Ad 6: Når en deponent – som vi kalder dem – henvender sig, spørger vi ind til situationen, så vi kan yde den bedste og mest relevante rådgivning og service. Oftest drejer det sig om cancerpatienter som skal have sæden opbevaret inden kemoterapi eller strålebehandling, som ødelægger sædcelledannelsen. Ofte er det vanskelige situationer som kræver individuel vurdering/styring. F.eks. er det ofte akut, og der er ikke megen tid til rådighed. Der kan også være andre årsager. Oftest er patienterne henvist fra et sygehus. Afhængig af situationen vil vi forsøge at få mest muligt materiale - dvs. flest mulige ejakulater (sædprøver), for jo mere man har, jo bedre er chancerne for at kunne få børn senere. Deponenten skal enten udtømme sæden hos os, i dertil indrettede kabiner, eller hjemme eller hvor det er mest bekvemt. Når vi modtager sæden, registreres deponenten af vore bioanalytikere, som herefter analyserer sæden, præparerer den, påfylder den i såkaldte strå og nedfryser den. I forbindelse med indleveringen skal deponenten underskrive en deponeringsaftale. Der medvirker aldrig læger ved deponeringer. Kun kontorphonale og bioanalytikere.

Ad 7: Nej.

Ad 8: Der har ikke været nogen ydelser ud over ovenstående pkt. 6.

Ad 9: Det har flere gange været fastslået at lov nr. 460 af 10. juni 1997 kun gælder læger. F.eks. da StorkKlinik – der er ejet/drevet af en jordemoder – bad sundhedsmyndighederne om tilladelse til at behandle enlige og lesbiske, som i loven var forbudt for læger. Tilladelsen blev givet. Den 1. januar 2007 trådte en ny lov i kraft, hvor det blev tilladt læger at behandle enlige og lesbiske, men jordemodre (og alle andre) må f.eks. gerne inseminere med sæd fra ikke-anonyme donorer eller donorer med udvidet profil. Det må læger ikke jf. Sundhedsstyrelsens Vejledning 2006 stk. 7.1.3. og 7.1.6.

Da hverken jordemoderklinikkerne eller Cryos er læger - selvom Cryos har ansatte læger - er det min klare opfattelse at Cryos ikke er omfattet af Sundhedsstyrelsens Vejledning eller lov nr. 460 af 10. juni 1997. EU-direktivet og Vævsloven sonderer i øvrigt ikke om man er læge. Enhver juridisk person som opfylder kravene kan opnå licens og hermed foretage udtagning, testning, behandling, præservering, opbevaring og distribution af humane væv og celler beregnet til anvendelse på mennesker samt på fremstillede produkter baseret på humane væv og celler beregnet til anvendelse på mennesker, som det fremgår af EU-direktivet 2004/23/EF. Både Cryos og jordemoderklinikkerne har en sådan licens.

Jeg kan tilføje, at jeg tror at sundhedsmyndighederne ikke er helt klar over at en sædbank ikke nødvendigvis er omfattet af loven. Det fremgår f.eks. af Bekendtgørelse om indberetning af IVF-behandling m.v. samt Præimplantationsdiagnostik og Svangerskabsreduktion nr. 1522 af 16/12/2004, §5, at "den for en sædbank ansvarlige læge ...". Men bekendtgørelsen udspringer af lov nr. 460 af 10. juni 1997 og gælder derfor kun læger. Derfor går vi ud fra at indberetningen kun gælder læger som driver sædbank. Ved Lægemiddelstyrelsens inspektion i 2009 fik vi en anmærkning om at vi ikke indberettede jf. denne bekendtgørelse, så det er klart at myndighederne ikke sonderer. Vi har dog herefter indberettet, men egentlig kun fordi vi fik ordre på det og fordi vi ikke ønskede at gøre en sag ud af det.

Ad 10: Nej. Idet lov nr. 460 af 10. juni 1997 kun gælder læger, og da Cryos er et selskab, gælder loven ikke for Cryos. Det er kun Vævsloven og EU-direktiverne der gælder.

Ad 11: Da Cryos startede i 1987 valgte jeg denne regel, fordi jeg ikke kunne se at dette forhold var reguleret i loven og fordi jeg forudså faderskabs- og arveretslige komplikationer. Jeg har indtryk af at Sundhedsstyrelsen adopterede dette princip da man lavede den første vejledning til landets læger i 1992-93. Et princip som blev gentaget da reglerne blev revideret ved lov nr. 460 i 1997. Jeg har dog ændret holdning til spørgsmålet efter en tilsvarende sag i UK, hvor en kvinde fik lov til at bruge sin mands sæd post mortem — endda selvom der ikke forelå testamente. Begrundelsen var, at hun kunne få adgang til at bruge sæd fra en anonym donor, men ikke sin mands sæd. Hvis manden giver udtrykkelig testamentarisk tilladelse, mener jeg at man bør respektere dette behov, hvilket også er blevet indført som praksis i UK. Uanset om de faderskabs- og arveretslige forhold hermed evt. er uafklarede.”

Det retlige grundlag

I lovbekendtgørelse nr. 923 af 4. september 2006 om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v. hedder det blandt andet:

”Kap. 1. Anvendelsesområde

§ 1. Loven gælder for kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v., der foretages af en læge eller under en læges ansvar, jf. dog § 18, hvor graviditet hos en kvinde søges etableret på anden måde end ved samleje mellem en kvinde og en mand.

...

§ 15. Befrugtede og ubefrugtede menneskelige æg kan opbevares i op til 5 år, hvorefter æggene skal destrueres.

Stk. 2. I tilfælde af kvindens eller mandens død eller i tilfælde af parrets separation eller skilsmisse eller samlivets ophør skal de opbevarede befrugtede æg destrueres.

Stk. 3. Der skal ske destruktion af ægtefællens eller samleverens opbevarede ubefrugtede æg i tilfælde af kvindens død.

§ 16. Det er ikke tilladt at bringe ubefrugtede eller befrugtede menneskelige æg, der her i landet er udtaget med henblik på kunstig befrugtning eller forskning, til udlandet.

...

§ 19. Der skal ske destruktion af ægtefællens eller samleverens opbevarede sæd i tilfælde af mandens død.”

Af de almindelige bemærkninger til forslaget til lov om kunstig befrugtning m.v. (Folketingstidende 1996-1997, tillæg A, side 33) fremgår blandt andet:

”1.2. Lovforslaget har til formål at skabe retligt bindende rammer for behandlingen med kunstig befrugtning, der udføres af en læge eller under en læges ansvar.

...

Loven vedrører de behandlinger, der udføres af en læge eller under en læges ansvar samt forskning og forsøg på befrugtede menneskelige æg, kønsceller og fosteranlæg. Inseminationer, der finder sted uden for en læges ansvarsområde, vil som hidtil ikke være lovreguleret.

...

For så vidt angår behandling med kunstig befrugtning er lovforslaget bygget op omkring en række fastsatte forbud kombineret med et godkendelsessystem for nye behandlingsformer. Hermed synliggøres, hvad man ønsker at forbyde, og man kan gennem godkendelsessystemet sikre, at udviklingen sker inden for acceptable etiske rammer.

...

4.1. Ved kunstig befrugtning forstås i denne lov, at graviditet hos en kvinde søges etableret på anden måde end samleje mellem en kvinde og en mand. Loven omfatter således også de forskellige teknikker til undersøgelse, diagnostik og behandling, der bruges i forbindelse med kunstig befrugtning. Desuden anvendes kunstig befrugtning ved præimplantationsdiagnostik for at forebygge (forhindre) at barnet får en alvorlig arvelig sygdom eller en anden alvorlig kromosomfejl.

De mest almindelige teknikker i forbindelse med kunstig befrugtning er insemination med ægtefællens eller partners sæd, IVF-teknikker (dvs. in vitro fertilisering, også kaldet reagensglasbefrugtning, hvor ægget og sæden bringes sammen i et reagensglas og befrugtes her) og mikroinsemination (hvor befrugtningen sker uden for kroppen mellem en ægcelle og en enkelt sædcelle, der bringes ind i ægcellen med en nål)."

Af bemærkningerne til lovforslagets § 1 (Folketingstidende 1996-1997, tillæg A, side 38) fremgår blandt andet:

"§ 1 afstikker lovens anvendelsesområde. Loven gælder for kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling og diagnostik, der foretages af en læge eller under en læges ansvar. Desuden omfatter lovens gyldighedsområde forskning og forsøgsvirksomhed på området. Loven regulerer således ikke behandling for ufrivillig barnløshed, som måtte finde sted uden en læges medvirken. Det vil navnlig være insemination, hvor sæd indføres instrumentalt i en kvindes vagina. Denne behandling er så ukompliceret og let, at den kan udføres uden nogen form for lægelig eller sundhedsfaglig ekspertise. Der vil endvidere ikke være nogen reel mulighed for at efterforske og finde disse tilfælde. En retlig regulering af denne form for kunstig befrugtning, der ikke finder sted under en læges ansvar, er derfor ikke foretaget i lovforslaget.

Betegnelsen "kunstig befrugtning" omfatter de forskellige teknikker til undersøgelse, diagnostik og behandling, der bruges, hvor graviditet hos en kvinde søges etableret på en anden måde end ved samleje mellem en kvinde og en mand. Loven gælder bl.a. også for de teknikker, der tager sigte på at undersøge, om kønsceller eller befrugtede æg bærer anlæg for alvorlige arvelige sygdomme eller har alvorlige kromosomabnormiteter.

De enkelte metoder er ikke nærmere beskrevet i lovteksten, idet loven også forudsættes at vedrøre metoder, der ikke er kendte på nuværende tidspunkt, såfremt disse metoder har til formål at etablere en graviditet og fødsel hos en kvinde på anden måde end ved samleje mellem en kvinde og en mand og metoder, der tager sigte på at undersøge, om kønsceller eller befrugtede æg bærer anlæg for alvorlige arvelige sygdomme eller kromosomabnormiteter."

Af bemærkningerne til lovforslagets § 14, der svarer til lovens § 15, (Folketingstidende 1996-1997, tillæg A, side 42-43), fremgår blandt andet:

”Bestemmelsen i § 14, stk. 5, fastslår, at ubefrugtede æg, der er opbevaret, skal destrueres i tilfælde af kvindens død. Bestemmelsen gælder således de æg, som en kvinde måtte have opbevaret med henblik på at opnå graviditet. Det vil sige, at bestemmelsen gælder de æg, som kvinden har opbevaret, hvadenten der er tale om æg, som hun selv har fået udtaget, eller æg, som er doneret til hende.”

Af bemærkningerne til lovforslagets § 15, der svarer til lovens § 16, (Folketingstidende 1996-1997, tillæg A, side 43), fremgår blandt andet:

”Bestemmelse er en lovfæstelse og videreførelse af gældende regulering i § 3, stk. 2, i Sundhedsministeriets bekendtgørelse af 17. maj 1994, hvorefter nedfrysning kun må foretages med henblik på behandling og forskning her i landet.

Det understreges hermed, at menneskelige æg, der er udtaget med henblik på kunstig befrugtning eller forskning, ikke kan eksporteres eller medtages til udlandet, hverken for vindings skyld eller for eventuelt at omgå de i Danmark gældende regler om nedfrysningstid, genetisk fællesskab eller destruktion i tilfælde af skilsmisse eller dødsfald.”

Af bemærkningerne til lovforslagets § 17, der svarer til lovens § 19, (Folketingstidende 1996-1997, tillæg A, side 44), fremgår følgende:

”§ 17 regulerer opbevaring og destruktion af sæd efter samme retningslinier som reguleringen af ubefrugtede æg i § 14, stk. 5.”

Bekendtgørelse nr. 1724 af 21. december 2006 om kunstig befrugtning, der er udstedt med hjemmel i lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v., indeholder blandt andet følgende bestemmelser:

”§ 2. Opbevaring af menneskelige æg må kun ske med henblik på:

- 1) Senere tilbageføring til den kvinde, der har afgivet ægget,
- 2) donation til forskningsformål eller
- 3) donation med henblik på at fremkalde en graviditet hos en anden kvinde, jf. dog § 7.

Stk. 2. Opbevaring må kun ske med henblik på behandling og forskning her i landet.

...

§ 11. Opbevaring af sæd kan ske med henblik på følgende:

- 1) opnåelse af graviditet enten hos mandens egen partner eller hos en anden kvinde eller
- 2) donation til forskningsformål.

§ 12. Sæd, der opbevares med henblik på opnåelse af graviditet hos mandens egen partner, skal destrueres i tilfælde af mandens død.”

I lov nr. 273 af 1. april 2006 om krav til kvalitet og sikkerhed ved håndtering af humane væv og celler (vævsloven) hedder det blandt andet:

”§ 2. Loven gælder for udtagning, testning, forarbejdning, konservering, opbevaring og distribution samt import og eksport af humane væv og celler beregnet til anvendelse i den menneskelige organisme, jf. dog stk. 2 og 3.

...

§ 4. Testning, forarbejdning, konservering, opbevaring og distribution af væv og celler må kun udføres med Lægemiddelstyrelsens tilladelse.

...

§ 7. Lægemiddelstyrelsen fastsætter regler om teknisk ledelse, faglig kompetence samt indretning og drift af vævscentre, der har tilladelse efter §§ 4 og 5.”

I bekendtgørelse nr. 753 af 3. juli 2006 om kvalitet og sikkerhed ved donation, udtagning og testning (humane væv og celler), der er udstedt med hjemmel i vævsloven, hedder det blandt andet:

”§ 1. Denne bekendtgørelse omfatter donation, udtagning og testning af væv og celler, hvis væv og celler er beregnet til anvendelse i den menneskelige organisme, jf. dog stk. 2.

...

Ansvarlig person

§ 3. Det er den for udtagningsstedet ansvarlige læge, der har ansvaret for at sikre de i bekendtgørelsen opstillede krav til:

1. Risikovurdering og udvælgelse af donorer af væv og celler, herunder krav til testning og evaluering, jf. § 4.
2. Udtagningsstedets procedurer for udtagning af væv og celler, herunder for indhentelse af donors informerede samtykke, donoridentifikation og sikring af personalets faglige kvalifikationer, jf. § 5.
3. Anonymisering af alle oplysninger, som er indsamlet til brug for håndtering af humane væv og celler efter vævsloven og de i medfør af denne fastsatte regler, og som tredjemand har adgang til, jf. § 8.

4. Opbevaring af oplysninger, som er nødvendige for at sikre sporbarhed, jf. § 7.

Stk. 2. Den ansvarlige læges opgaver i medfør af stk. 1, kan delegeres til en anden læge/andre personer, der gennem uddannelse og erfaring har de faglige kvalifikationer, der kræves for at varetage sådanne opgaver.”

Bekendtgørelse nr. 984 af 2. august 2007 om kvalitet og sikkerhed ved testning, forarbejdning, konservering, opbevaring, distribution, import og eksport af humane væv og celler bestemmer blandt andet:

”Den ansvarlige person

§ 4. Vævscentret skal sikre, at den ansvarlige person i vævscentret er i besiddelse af et eksamensbevis eller anden dokumentation for at have gennemført en akademisk uddannelse eller en uddannelse, der her i landet kan sidestilles med en sådan uddannelse, inden for lægevidenskab, biologisk videnskab eller lign. Den pågældende skal desuden have mindst to års praktisk erfaring inden for vævscentrets aktivitetsområder.

Stk. 2. Vævscentret kan kun efter skriftlig godkendelse fra Lægemiddelstyrelsen lade en anden person træde i den ansvarlige persons sted.

§ 5. Den ansvarlige person i vævscentret har ansvaret for, at:

1. vævscentrets personale besidder de kvalifikationer og modtager den uddannelse, som fremgår af bilag 1, afsnit B,
2. vævscentret opfylder kravene til kvalitetsstyring, kontraktindgåelse og registerførelse i § 3, §§ 6-7 og bilag 1, afsnit A og E,
3. vævscentret opfylder kravene i § 8 ved modtagelse af udtagne væv og celler,
4. vævscentrets udførelse af testning, forarbejdning, konservering, opbevaring, distribution, import og eksport af væv og celler sker i overensstemmelse med kravene i kapitel 3, og at
5. vævscentret gennemfører en hensigtsmæssig kontrol til sikring af, at kravene i nr. 1-4 overholdes.”

I bekendtgørelsens bilag 1, ”Generelle krav til vævscentrets organisation, personale, indretning og drift m.v., jf. kapitel 2”, hedder det blandt andet:

”A. Organisation og ledelse

...

3. Vævscentret skal have adgang til en autoriseret læge, der er udnævnt til at yde rådgivning om og føre tilsyn med centrets lægelige aktiviteter, f.eks.

udvælgelse af donorer, gennemgang af kliniske resultater af anvendelsen af væv og celler og kontakt med kliniske brugere, hvis det er relevant.”

Procedure

A har i det væsentligste procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument af 12. oktober 2010, hvoraf fremgår blandt andet:

”ANBRINGENDER:

Indenrigs- og Sundhedsministeriet betegnes nedenfor ”Ministeriet”.

Sammenfattende gøres det vedrørende den principale påstand gældende, at

- Ministeriets brev af 8. oktober 2008 til **A** er en afgørelse (afsnit 1),
- afgørelsen savner hjemmel, idet (1) sæddeponeringen ikke er omfattet af lov om kunstig befrugtning, subsidiært idet (2) lovgrundlaget strider mod den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8, subsidiært artikel 8 og 14 (afsnit 2 og 3),
- afgørelsen er ulovlig og ugyldig.

Vedrørende den subsidiære påstand gøres det overordnet gældende, at

- sæddeponeringen ikke er omfattet af anvendelsesområdet for lov om kunstig befrugtning (afsnit 2),
- lov om kunstig befrugtning § 19 og bekendtgørelse om kunstig befrugtning § 12 er ugyldige som stridende mod den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8, subsidiært artikel 8 og 14 (afsnit 2 og 3), og
- lov om kunstig befrugtning § 19 og bekendtgørelse om kunstig befrugtning § 12 ikke er til hinder for, at sæden udleveres til **A** (afsnit 2).

1. KARAKTEREN AF MINISTERIETS BREV AF 8. OKTOBER 2008

Med udtrykket 'truffet afgørelse' sigtes sædvanligvis til udfærdigelse af retsakter, dvs. udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde. Det er således væsentligt at se på, hvilke retsvirkninger, der knytter sig til Ministeriets brev af 8. oktober 2008.

A's brev af 3. oktober 2008 til Ministeriet indeholdt en anmodning om tilladelse til at udføre den af **B** deponerede sæd til udlandet. Ministeriet lagde i sit svar af 8. oktober 2008 til grund, at

sæddeponeringen var omfattet af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning mv. (herefter "loven").

Ministeriets retlige subsumering af forholdet betød, at **A** ikke kunne få udleveret den nedfrosne sæd.

Folketingets Ombudsmand har tidligere forudsat, at Sundhedsministeriets nægtelse af at imødekomme en ansøgers anmodning om tilladelse til at overføre hendes nedfrosne æg fra et dansk privathospital til en tysk privatklinik er en afgørelse, jf. FOB1993.277OM (j.nr. ...).

Idet Ministeriets brev af 8. oktober 2008 indeholder en tilkendegivelse af, hvad der er eller skal være ret i forhold til **A** er dette at betragte som en "afgørelse".

2. LOV OM KUNSTIG BEFRUGTNING – ANVENDELSESOMRÅDE

Loven

"gælder for kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning mv., der foretages af en læge eller under en læges ansvar, jf. lovens § 1, stk. 2.

Lovens anvendelsesområde er således betinget af to forhold:

1. "Kunstig befrugtning" i forbindelse med lægelig *behandling, og*
2. behandling en skal foretages "af en læge eller under en læges ansvar".

Det fremgår af lovforarbejderne til 1997-loven, at "*loven vedrører de behandlinger, der udføres af en læge eller under en læges ansvar....*". jf. afsnit 1.2 i de almindelige bemærkninger til lovforslaget.

Det fremgår ligeledes af bemærkningerne til lovens § 1, at

"[b]etegnelsen »kunstig befrugtning« omfatter de forskellige teknikker til undersøgelse, diagnostik og behandling, der bruges, hvor graviditet hos en kvinde søges etableret på en anden måde end ved samleje mellem en kvinde og en mand."

Det er på baggrund af ovenstående klart, at lovens anvendelse i relation til deponering af sæd er betinget af, at deponeringen sker som led i et undersøgelses- og behandlingsforløb i forbindelse med kunstig befrugtning.

B' s sæddeponering blev ikke foretaget som led i behandling af barnløshed, men blev udelukkende foretaget som en sikkerhedsdeponering.

B' s sæddeponering opfylder således ikke betingelse (1). Det følger heraf, at betingelse (2) ligeledes ikke er opfyldt. Det af Ministeriet fremlagte ... synes endvidere at understøtte denne fortolkning.

Udlevering af den deponerede sæd begrænses derfor ikke af § 19 i lov om kunstig befrugtning og § 12 i bekendtgørelse om kunstig befrugtning.

Det bemærkes særskilt, at det ikke har betydning for denne vurdering, hvorvidt den deponerede sæd senere udføres til et andet EU-land for der at blive anvendt til et formål, som er omfattet af lovens anvendelsesområde.

Lovens territoriale anvendelsesområde er begrænset til Danmark. En sæddeponering, som ikke sker som led i et behandlingsforløb, skal vurderes isoleret i forhold til lovens anvendelsesområde.

Denne fortolkning understøttes af, at opbevaring af sæd, i modsætning til opbevaring af menneskelige æg, ikke er betinget af, at opbevaringen sker med henblik på behandling og forskning her i landet, jf. bekendtgørelse om kunstig befrugtning § 2, stk. 2, modsætningsvist. Der er i den relevante danske lovgivning endvidere intet forbud imod, at deponeret sæd udføres af Danmark, herunder med henblik på kunstig befrugtning i et andet land.

Ved ikke at forbyde udførsel af sæd har de danske lovgivere bevidst fraskrevet sig muligheden for at føre fuldstændig kontrol med anvendelsen af deponeret sæd, jf. herved FOB1993.277OM (j.nr. ...).

Det følger heraf, at en potentiel anvendelsesmulighed i et andet EU-land ikke kan inddrages i vurderingen af, hvorvidt sikkerhedsdeponeringen selvstændigt er omfattet af lovens anvendelsesområde.

3 DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSKONVENTION ("EMRK")

3.1 EMRK ARTIKEL 8

A og **B'** s fælles beslutning om at få et barn, som er genetisk relateret til dem begge, er ubetinget omfattet af EMRK artikel 8, jf. den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 10. april 2007 i sag 6339/05, Evans v. The United Kingdom, pr. 72, samt den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 1. april 2010 i sag 57813/00, S.H. and others v. Austria, pr. 60.

At dette var parternes utvetydige ønske – også såfremt **B** skulle tabe kampen mod kræft – er afspejlet i den "fuldmagt", som **B** underskrev før sin død, jf.

Lov om kunstig befrugtning § 19 og bekendtgørelsens § 12 er et klart indgreb i denne rettighed, idet disse bestemmelser i strid med parternes udtrykkelige ønske forhindrer **A** at få et barn, som er genetisk tilknyttet **B**

Det følger af EMRK artikel 8, at ingen offentlig myndighed må gøre indgreb i udøvelsen af den i bestemmelsen beskyttede rettighed, medmindre dette indgreb

1. sker i overensstemmelse med loven, og
2. er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til
3. den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.

Vedrørende betingelse (1) anlægger den Europæiske Menneskerettighedsdomstol en trepunkts-test for at vurdere, hvorvidt indgrebet (a) udspringer af national ret, (b) er tilgængelig, samt (c) hvorvidt retsgrundlaget indebærer en tilstrækkelig grad af forudsigelighed af konsekvenserne deraf, jf. herved Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, side 50.

Lovens anvendelsesområde i forhold til sæddeponering er usikkert, jf. afsnit 2. Allerede fordi destruktion af den deponerede sæd savner klar hjemmel, er betingelse (1) ikke opfyldt.

Vedrørende betingelserne (2) og (3) gøres det gældende, at den danske lovgivnings absolutte karakter ikke er proportional i forhold til de sundhedsfaglige og etiske interesser, som Ministeriet har påberåbt sig som begrundelse herfor.

Det bemærkes særligt, at nærværende sag ikke vedrører modsatrettede private interesser, men derimod lovgivers indgreb i to individers samstemmende beslutning.

Såfremt sagen anskues som et spørgsmål om, hvorvidt den danske stat har en positiv forpligtelse til at sikre, at **A** kan anvende den deponerede sæd efter sin mands død, gøres det gældende, at **A**'s interesse i at få udleveret sæden langt overstiger de generelle samfundsmæssige hensyn, som er påberåbt af Ministeriet. Loven har således ikke ramt en "fair balance" mellem modsatrettede offentlige og private interesser.

Formuleringen af lovens § 19 udelukker, at der kan tages hensyn til den donerende mands udtrykkelige ønsker i tilfælde som nærværende. Der er endvidere ikke adgang til konkret at dispensere fra lovens udgangspunkt.

Den absolutte formulering af § 19 i lov om kunstig befrugtning og § 12 i bekendtgørelse om kunstig befrugtning går derved videre end hvad, der er proportionalt i forhold til det påberåbte formål.

3.2 EMRK ARTIKEL 14

I medfør af den danske lovgivning skal der ske destruktion af ægtefællens eller samleverens opbevarede sæd i tilfælde af mandens død.

Sæd deponeret af en anonym donor kan derimod anvendes efter dennes død.

I **A**'s tilfælde betyder dette, at hun afskæres fra at blive befrugtet med sin afdøde mands sæd, mens hun uden begrænsninger kunne blive befrugtet ved en anonym sæddonor efter sidstnævntes død.

Det indgreb, som gøres i retten til homolog insemination (insemination med ægtemandens sæd) gøres således ikke i heterolog insemination (insemination med fremmed sæd).

Denne forskellige retlige regulering af to former for metoder til kunstig befrugtning kan ikke begrundes i legitime hensyn, ligesom en sådan forskel ikke er proportional i forhold til de af Ministeriet påberåbte hensyn, jf. herved den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 1. april 2010 i sag 57813/00, S.H. and others v. Austria.

Det gøres derfor subsidiært gældende, at destruktionskravet i § 19 i lov om kunstig befrugtning og § 12 i bekendtgørelse om kunstig befrugtning er i strid med EMRK 14 sammenholdt med artikel 8.”

Indenrigs- og Sundhedsministeriet har i det væsentligste procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument af 13. oktober 2010, hvoraf fremgår blandt andet:

”Anbringender

Ministeriets brev af 8. oktober 2008

Sundhedsministeriet (nu Indenrigs- og Sundhedsministeriet) har i brev af 8. oktober 2008 (...) meddelt sagsøgeren, hvorledes lov om kunstig befrugtning regulerer en situation som den foreliggende, hvor sagsøgeren ønsker deponeret sæd fra sin afdøde ægtefælle udleveret.

Ministeriet er ikke tillagt kompetence til at træffe afgørelser i medfør af lov om kunstig befrugtning, og ministeriets brev af 8. oktober 2008 har derfor ikke karakter af en afgørelse. Det gøres gældende, at der allerede af den grund ikke kan gives sagsøgeren medhold i den principale påstand.

Lov om kunstig befrugtning

Til støtte for frifindelsespåstanden over for begge sagsøgerens påstande gøres det i øvrigt gældende, at lov om kunstig befrugtning, § 19 og bekendtgørelse nr. 1724 af 21. december 2006 om kunstig befrugtning, § 12 indeholder en klar og ufravigelig regel om, at nedfrosset sæd skal destrueres i et tilfælde som det, der foreligger i denne sag, hvor det må lægges til grund, at sæden er blevet deponeret med henblik på graviditet hos sagsøgeren, jf. sagsøgerens brev af 3. oktober 2008 (...).

Det gøres gældende, at det følger af formålet med lovens § 19 sammenholdt med bekendtgørelsens § 11-13, at bestemmelsen i lovens § 19 og bekendtgørelsens § 12 ikke kan fraviges ved aftale, fuldmagt eller testamente. Den fuldmagt, som sagsøgerens ægtefælle har underskrevet (...), giver således ikke sagsøgeren noget retskrav på, at sæden ikke destrueres.

Efter ordlyden af lovens § 19 og forarbejderne til lovens §§ 1 og 19 sammenholdt med lovens øvrige bestemmelser er anvendelsen af § 19 ikke begrænset til situationer, hvor det kan fastslås, at den deponerede sæd senere vil blive brugt til kunstig befrugtning, der foretages af en læge eller sker under en læges ansvar.

Hertil kommer, at deponeringen hos Cryos er sket under en læges ansvar, jf. ... og ... og bekendtgørelse nr. 753 af 3. juli 2006 om kvalitet og sikkerhed ved donation, udtagning og testning af humane væv og celler, § 3. Denne indledende del af sagsøgerens behandling med kunstig befrugtning opfylder dermed betingelsen i lovens § 1 om lægelig medvirken.

Det bestrides, at der ved fortolkningen af lovens § 19 og bekendtgørelsens § 12 kan sluttet modsætningsvis fra bekendtgørelsens § 2, stk. 2, med den virkning, at sæd fra en afdød mand, som er deponeret med henblik på partnerinsemination, frit kan udføres af Danmark.

Bekendtgørelsens § 2, stk. 2, vedrører opbevaring af menneskelige æg, som alene må ske med henblik på behandling og forskning her i landet. Bestemmelsen skal sammenholdes med lovens § 16, hvorefter det ikke er tilladt at bringe ubefrugtede eller befrugtede menneskelige æg, der er udtaget her i landet med henblik på kunstig befrugtning eller forskning, til udlandet.

Der er ikke noget forbud imod, at sæd, som er udtaget til opbevaring her i landet, udleveres og udføres til udlandet, så længe manden er i live. Da lovgiver imidlertid har vedtaget, at sæd, som opbevares her i landet med henblik på partnerinsemination, skal destrueres i tilfælde af mandens død, må det lægges til grund, at lovgiver har forudsat, at en ufravigelig regel om destruktion indebærer, at opbevaret sæd i tilfælde af mandens død heller ikke kan bringes til udlandet med henblik på kunstig befrugtning.

EMRK artikel 8 og artikel 14

Lov om kunstig befrugtning § 19 strider ikke imod EMRK artikel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv.

Efter den af sagsøgeren påberåbte dom fra Menneskerettighedsdomstolen (EMD) af 10. april 2007 i sagen Evans mod UK er det legitimt, at lovgiver på området for kunstig befrugtning vedtager en klar og ufravigelig regulering frem for en regulering baseret på en konkret skønsmæssig vurdering i den enkelte sag. EMD antager således, at medlemsstaterne ved deres regulering af området for kunstig befrugtning er tillagt en vid skønsmargin, bl.a. ud fra den betragtning, at kunstig befrugtning giver anledning til en række etiske overvejelser om følsomme spørgsmål på et område med en hastig medicinsk og videnskabelig udvikling.

Reguleringen i lov om kunstig befrugtning er blevet til efter en grundig lovgivningsproces med inddragelse af de relevante etiske aspekter, og en klar og ufravigelig regel om destruktion af nedfrosset sæd i tilfælde af mandens død overskrider ikke grænserne for den skønsmargin, som efter EMRK artikel 8 tilkommer medlemsstaterne på dette område.

Loven strider heller ikke imod diskriminationsforbuddet i EMRK artikel 14.

Der er ikke tale om, at sagsøgeren stilles anderledes end andre, som er i samme situation. Sagsøgeren befinder sig ikke i en sammenlignelig situation med kvinder, som ønsker at blive befrugtet med sæd fra en anonym donor, da anonymiteten og det deraf følgende manglende retlige faderskab indebærer en afgørende forskel. En sammenlignelig situation kan således ikke opstå, når kvinden ikke kender sæddonorens identitet.

Selvom sagsøgerens situation måtte blive anset for sammenlignelig med kvinder, som ønsker at blive befrugtet med sæd fra en anonym donor, er den forskellige behandling i tilfælde af mandens/sæddonorens død sagligt begrundet.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Indenrigs- og Sundhedsministeriet er efter lov om kunstig befrugtning m.v. eller bekendtgørelse om kunstig befrugtning ikke tillagt kompetence i forhold til at træffe afgørelse om, hvorvidt lovens § 19 eller bekendtgørelsens § 12 er til hinder for, at

A kan få udleveret den sæd, som hendes ægtefælle, **B** kort før sin død deponerede hos Cryos International – Denmark ApS.

Som følge heraf frifindes Indenrigs- og Sundhedsministeriet for **A'** s principale påstand.

B underskrev den 23. november 2007 en aftale med Cryos International – Denmark ApS, der i henhold til vævsloven fungerer som et vævscenter, om sikkerhedsdeponering af egen sædprøve i anledning af, at han havde fået konstateret en alvorlig kræftsygdom.

Direktør Ole Schou, Cryos International – Denmark ApS, har i erklæring af 17. september 2010 erklæret, at der aldrig medvirker læger ved deponeringer af sæd, men alene kontorpersonale og bioanalytikere, og at Cryos International – Denmark ApS ud

over deponeringen af sæden ikke har leveret andre ydelser til **B** og

A

Det ses ikke i aftalen eller i blankettens øvrige tekst, herunder de generelle betingelser, eller ud fra sagens oplysninger i øvrigt at være forudsat eller aftalt, at der på noget tidspunkt i tilknytning til deponeringen af sæden hos Cryos International – Denmark ApS skulle foretages lægelig behandling af en læge eller under en læges ansvar. I forbindelse med den skete sæddeponering har der heller ikke indgået lægelig behandling, ligesom en sådan behandling ikke skal indgå på et senere tidspunkt.

Formålet med deponeringen af sæden hos Cryos International – Denmark ApS har efter det oplyste alene været opbevaring under betryggende forhold med henblik på, at **B**
– såfremt han overlevede kræftsygdommen – eller hustruen **A**
– såfremt ægtefællen ikke overlevede kræftsygdommen – ifølge fuldmagten kunne få sæden udleveret med henblik på, at **A** på et givent tidspunkt kunne blive insemineret vaginalt med sæden.

Efter ordlyden af lovens § 1 sammenholdt med lovens forarbejder finder landsretten herefter, at den i sagen omhandlede sikkerhedsdeponering af sæd ikke er omfattet af lovens anvendelsesområde, hvorfor lovens § 19 om destruktion af ægtefællens eller samleverens sæd i tilfælde af mandens død ikke er gældende for det af **B** deponerede sæd.

Landsretten tager herefter **A'** s subsidiære påstand til følge.

Under hensyn til sagens udfald, karakter og omfang skal statskassen i sagsomkostninger til **A** betale 38.000 kr., hvoraf 500 kr. er til dækning af retsafgift, mens 37.500 kr. er til dækning af salær til advokat.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Indenrigs- og Sundhedsministeriet tilpligtes at anerkende, at lov nr. 460 af 10. juni 1997 om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning mv. med senere ændringer og bekendtgørelse nr. 1724 af 21. december 2006 om kunstig

befrugtning ikke er til hinder for, at **A** får udleveret den sæd, som af **B** er deponeret hos Cryos International – Denmark ApS.

I sagsomkostninger skal statskassen inden 14 dage betale 38.000 kr. til **A**

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 16.12.2010


Marianne Kjær
kontorfuldmægtig