

HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 24. januar 2017

Sag 31/2016

(1. afdeling)

A

(advokat Karsten Høj, beskikket)

mod

B,

Dronning Ingrid's Hospital og

Departementet for Sundhed

(advokat Anita Strauss Sørensen for alle)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Grønland den 5. december 2013 og af Grønlands Landsret den 8. december 2014.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Søgaard, Jytte Scharling, Vibeke Rønne, Jan Schans Christensen og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Appellanten, A, har nedlagt følgende påstande:

1. De indstævnte, B, Dronning Ingrid's Hospital og Departementet for Sundhed, skal solidarisk, subsidiært hver for sig, anerkende at have handlet erstatningspådragende ved ikke at have informeret A om muligheden for at få foretaget yderligere undersøgelser og om muligt brystbevarende operation i Danmark.

2. B, Dronning Ingrid's Hospital og Departementet for Sundhed skal solidarisk, subsidiært hver for sig, anerkende at have udøvet en retsstridig krænkelse af As person ved ikke at have informeret hende om muligheden for at få foretaget yderligere undersøgelser og om muligt

brystbevarende operation i Danmark, og at A er berettiget til en nærmere fastsat godtgørelse for tort i medfør af erstatningsansvarslovens § 26.

B, Dronning Ingrid's Hospital og Departementet for Sundhed har påstået stadfæstelse.

Anbringender

A har anført navnlig, at B var bekendt med de væsentlige begrænsninger, der var i behandlingen af brystkræft i Grønland bedømt i forhold til de dagældende internationale og danske retningslinjer. Dette understøttes af, at det fremgår af Dronning Ingrid's Hospitals interne behandlingsinstruks af 25. oktober 2001, at det i relation til mammakirurgi er vigtigt, at den ansvarlige læge giver patienten en række nærmere anførte informationer ved en brystbevarende operation. Selv om det i 2005 ikke var muligt at udføre brystbevarende kirurgi, må behandlingsinstruksen føre til, at der skal gives information om og givet fald hvorfor, at det ikke er muligt at gennemføre brystbevarende behandling. Endvidere må kræftbehandling og anden højt specialiseret behandling, der af ressourcemæssige grunde ikke tilbydes i Grønland, nødvendigvis være undergivet enten visitation til behandling i udlandet eller som minimum fyldestgørende information om begrænsningerne og ulemperne ved behandlingsmulighederne samt oplysning om de alternative behandlingsmuligheder, der findes i Danmark – eventuelt mod patientens egen betaling. Jo dårligere behandling, der tilbydes, desto større krav er der til informationspligten, og omvendt. Retten til at samtykke på et informeret grundlag skal således bedømmes efter en objektiv målestok. Dette gælder navnlig, når den grønlandske lovgivning i det hele hviler på den danske sundhedslovgivning.

Der er i forhold til den konkrete sygdom ingen praktiske eller økonomiske grunde til ikke at give information om alternative behandlingsmuligheder i Danmark.

Når A reelt ikke fik nogen nødvendig og relevant information som grundlag for sit samtykke til den gennemførte behandling, var samtykket ikke udtryk for en frivillig accept af, at hun ville modtage den pågældende behandling.

B handlede ikke som den fagligt gode læge ville have gjort, og han har handlet ansvarspådragende ved ikke at have givet information om alternative behandlingsmuligheder i Danmark.

Dronning Ingrid's Hospital og Departementet for Sundhed hæfter for den fejl, som B har begået.

Derudover har Dronning Ingrid's Hospital og Departementet for Sundhed et selvstændigt ansvar for ikke at have sikret, at de behandlingsansvarlige gav A fyldestgørende information om den lavere standard i behandlingen af brystkræft, der blev tilbudt på Dronning Ingrid's Hospital. Dronning Ingrid's Hospital og Departementet for Sundhed må antages at have været fuldt bekendt med, at den tilbudte behandling af brystkræft var af væsentlig ringere standard end i Danmark. Dronning Ingrid's Hospital og Departementet for Sundhed har herved tilsidesat deres overordnede ansvar for at sikre As mulighed for reelt selv at bestemme, om hun ønskede den tilbudte behandling.

Undladelsen af at give fyldestgørende information som grundlag for samtykke til den gennemførte behandling er endvidere en retsstridig krænkelse af As selvbestemmelsesret. Dette gælder uafhængigt af, om behandlingen i øvrigt blev motiveret ud fra et lægeligt synspunkt og udført korrekt, hvilket navnlig understøttes af Højesterets dom af 6. december 1999 (UfR 2000.515). Det må efter denne afgørelse antages, at retsstridighedsnormen for krænkelse af en persons selvbestemmelsesret til lægelig behandling ikke er høj. Dette følger endvidere af patienters grundlæggende ret til at fravælge behandling eller en bestemt behandling, medmindre betingelserne for tvangsbehandling er opfyldt. Manglende respekt af det sundhedsretlige princip om informeret samtykke opfylder retsstridighedsbetingelsen i erstatningsansvarslovens § 26, stk. 1. Denne betingelse er således opfyldt, og der skal derfor tilkendes hende godtgørelse.

B, Dronning Ingrid's Hospital og Departementet for Sundhed har anført navnlig, at det alene er det grønlandske sundhedsvæsen, der inden for rammerne af den lovgivning, der er vedtaget af det grønlandske Landsting (Inatsisartut) og Landsstyre (Naalakkersuisut), fastlægger, hvilke behandlingstilbud der kan gives patienter i Grønland. Det grønlandske sundhedsvæsen er dermed ikke forpligtet af de behandlingstilbud, der gives til patienter i Danmark. I denne sammenhæng skal Grønland og Danmark betragtes som to selvstændige jurisdiktioner.

Der må være en klar formodning for, at den information, som sundhedspersoner har pligt til at give efter § 6 og § 7 i landstingsforordning nr. 6 af 31. maj 2001 om patienters retsstilling, angår de behandlingsmuligheder, der kan iværksættes inden for det grønlandske sundhedsvæ-

sen. I det omfang pligten skal udstrækkes til at omfatte behandlingsmuligheder i lande uden for Grønland, må det kræve udtrykkelig hjemmel.

Hvis den danske retstilstand skal anvendes som fortolkningsbidrag, kan det alene være til illustration af, at forpligtelsen til at informere har nær sammenhæng med en lovbestemt forpligtelse til at henvise patienter til behandling i udlandet, hvilket dermed bekræfter, at en pligt til at informere om behandlingsmuligheder kræver udtrykkelig lovhjemmel.

Det vil have uoverskuelige økonomiske og praktiske konsekvenser, hvis informationspligten udstrækkes til, at læger i Grønland skal informere om forsvarlige behandlingsmuligheder, som tilbydes i andre lande, herunder i Danmark.

Selv hvis man antog, at B ikke havde informeret A i overensstemmelse med reglerne om informeret samtykke, ville det ikke medføre, at A kunne kræve erstatning. Der er i Grønland ikke vedtaget særlig lovgivning vedrørende patientskader, og der er således ikke hjemmel til at kræve erstatning, hvis behandlingen eksempelvis ikke lever op til bedste specialiststandard. Erstatningsansvaret skal således bedømmes efter den almindelige culpanorm. Operationen var velbegrunderet og udført lægefagligt korrekt, og B har derfor ikke handlet ansvarspådragende i relation til udførelsen af operationen.

Hvis man antager, at B har handlet ansvarspådragende, kan kun Dronning Ingrid's Hospital være erstatningsansvarlig herfor efter reglerne om principalansvar. Der er således ikke grundlag for at pålægge B et selvstændigt erstatningsansvar. Der består ikke noget ansættelsesforhold mellem ham og Departementet for Sundhed, og allerede af den grund kan departementet ikke være erstatningsansvarligt.

Anvendelsesområdet for tortgodtgørelse efter erstatningsansvarslovens § 26, stk. 1, er primært krænkelse i forbindelse med grove strafbare handlinger. Der skal efter praksis meget til, for at lægelige fejlindgreb kan betragtes som en krænkelse, der giver grundlag for tortgodtgørelse. I den foreliggende sag var indgrebet lægeligt indiceret for at afværge fare for As liv, og indgrebet blev udført lægeligt korrekt. Der er derfor ikke grundlag for at tilkende A godtgørelse for tort.

Supplerende sagsfremstilling

Af en intern behandlingsinstruks af 25. oktober 2001 fra Dronning Ingrid's Hospital om behandling af brystkræft fremgår bl.a.:

”4. Information

Det skal noteres i journalen, at patienten har fået den relevante information om diagnosen, om proceduren, det forventede efterforløb, og de hyppigste komplikationer (både mundtligt og skriftligt).

Ansvar for informationen hviler hos den læge som har stillet operationsindikation og/eller den opererende læge.

Specielt vigtigt er følgende information:

Brystbevarende operation (tumorektomi):

Patienten skal være indforstået med, at en tumorektomi altid indebærer efterfølgende strålebehandling.

Patienten skal forstå og acceptere, at hvis kirurgen under operationen finder det teknisk, patologisk eller kosmetisk uforsvarligt at gennemføre brystbevarende operation, vil denne foretage en masektomi.

Patienten skal informeres om og forstå, at i visse tilfælde, når det endelige patologisvar foreligger, er det nødvendigt at foretage yderligere resektion i brystet eller ændre til masektomi.”

Af ”Kræftredegørelsen 2011” udarbejdet af Departementet for Sundhed er anført bl.a. (EM 2011/47):

”3. Patientforløb, udredning og behandling

...

3.4 Behandling

...

Den kirurgiske behandling

Operation er fortsat den primære behandling for mange kræfttyper. Nogle typer af kræft opereres i Grønland. Det gælder fx underlivskræft, brystkræft og kræft i tyktarm. Patienter med andre typer vil blive henvist til operation i Danmark, oftest på Rigshospitalet. Det gælder i dag blandt andet lungekræft, kræft i spiserøret og kræft i mavesækken, kræft i bugspytkirtlen og i endetarmen. Derudover er operation for fremskredet kræft i nyrer og urinveje også en specialisopgave, som ikke kan varetages i Grønland.

...

6. Udredning og behandling af de almindeligste kræftsygdomme

...

6.2 *Brystkræft*

...

Diagnostik og behandling af brystkræft

Hvis en kvinde kommer med mistanke om en knude i brystet og en klinisk undersøgelse bekræfter dette starter en lokal udredning om muligt med ultralyd. Ultralyd kan afklare, om der tale om væskefyldte områder (cyster), men er ellers ikke sikker nok til at stille diagnosen. Mammografi kan ikke tilbydes i Grønland.

Da Kirurgisk afdeling på Dronning Ingrid's Hospital i 1996 blev grenspecialiseret fik gynækologisk/obstetrisk afd. ansvaret for den kirurgiske behandling af lidelser i brystet (mamma) hos kvinder. Afdelingen har ikke læger, der er specialister i brystkirurgi, men følger stadig de retningslinjer, der dengang blev udstukket i samarbejde med Rigs-hospitalet. Undersøgelser- og behandlingsmuligheder er stort set uændrede fra 1996, på nær indførelsen af ultralydsundersøgelse, der er tilkommet senere.

Kirurgisk behandling

Behandlingen af brystkræft er altid primært operativ. I Grønland foretages operation oftest i 2 trin. Ved trin 1 fjernes den suspekterede knude. I Nuuk henvises patienter med mistanke om en knude i brystet til gynækologisk/obstetrisk afdeling, mens den primære udredning og fjernelse af knuden på kysten i de fleste tilfælde vil blive foretaget lokalt. På gynækologisk/obstetrisk afdeling indlægges kvinder med knuder med stærk mistanke om kræft indenfor få dage, mens kvinder med mindre mistanke om, at knuden er kræft søges behandlet inden for 14 dage. Det fjernede væv sendes til patologisk undersøgelse i Danmark. Patologisvar foreligger i de fleste tilfælde og kan meddeles kvinden på under 21 dage.

Hvis der ved den patologiske undersøgelse er fundet tegn på kræft, bliver kvinden akut henvist til nærmere udredning og operation på gynækologisk/obstetrisk afdeling på Dronning Ingrid's Hospital. Operationen vil oftest være fjernelse af brystet (mastektomi). Den kirurgiske behandling indeholder en standardiseret undersøgelse for evt. spredning af kræften med fjernelse af lymfeknuder i armhulen. Operationen udføres oftest indenfor 7 dage efter patologisvaret er modtaget. Den samlede indlæggelsestid er 4-8 dage. Der foretages ca. 80 knudefjernelser på gynækologisk/obstetrisk afdeling per år. Der findes kræft i cirka 8-15 af disse tilfælde. Fra kysten henvises 5-10 patienter per år til kirurgisk kræftbehandling efter påvist brystkræft.

Primærknuden er i under 10 % af tilfældene fjernet i sundt væv. Her tilbydes at brystet kan bevares og at operationen kun består af fjernelse af lymfeknuder i armhulen. En væsentlig del af patienterne fravælger denne mulighed, måske fordi den indebærer en lille usikkerhed om, hvorvidt alt kræftvæv er fjernet (om operationen er radikal) eller fordi operationsmåden kræver efterfølgende strålebehandling ved et 3-4 måneders ophold i Danmark.

Det er i dag ikke mulighed for brystbevarende kirurgi til øvrige patienter bl.a. på grund af mangel på mulighed for patologisk undersøgelse af vævet under operationen. Der kan i stedet tilbydes sekundær rekonstruktion af brystet, hvis det ikke er kontraindiceret. Efterspørgslen af brystrekonstruktioner efter brystkræft har de senere år været 2-4 per år. Enkelte er blevet afvist af medicinske årsager eller kontraindikationer, mens andre

har siden afstået tilbuddet af personlige årsager. 1-2 patienter bliver opereret på Dronning Ingrid's Hospital årligt, dels af tilrejsende plastikkirurg, mens de øvrige opereres på Rigshospitalet (Personlig meddelelse, Overlæge i plastikkirurgi Hanne Kjeldsen).

Nogle af de henviste til sekundær rekonstruktion på Rigshospitalet rammes af sundhedsvæsenets henvisningsstop for ikke akutte patienter og ventetiden på rekonstruktion må lige nu forventes at være 1-4 år.

Det videre forløb planlægges ud fra resultaterne af undersøgelser af det fjernede væv og foregår helt eller delvis på Onkologisk afsnit på Dronning Ingrid's Hospital. Der er ingen ventetid på onkologisk behandling, men behandlingen kan først opstartes, når operationssåret er helet. Det tager typisk 3-4 uger.

...

Organiseringen omkring brystkræftbehandling i forhold til i Danmark

Tilbuddet for patienter med brystkræft adskiller sig væsentligt fra tilbuddet i Danmark. Dels vil en mammografiundersøgelse altid indgå i diagnostik af brystkræft i Danmark (foruden i det forebyggende screeningstilbud, se afsnit 5.4). Dels er det anbefalet, at brystkræftkirurgi samles på afdelinger, som har mindst 150 nyopdagede brystkræftpatienter per år og at operationen udføres af kirurger, der har det kirurgiske ansvar for mindst 50 nye brystkræftpatienter hvert år. Ved den kirurgiske behandling skal kunne tilbydes operation i en seance med dels brystbevarende operation, mulighed for primær rekonstruktion eller mulighed for sekundær brystrekonstruktion for udvalgte patienter, alt efter det dokumenterede behov. Desuden skal kunne tilbydes vurdering af kræftspredningen ved "sentinel node" metoden, hvilket ikke kan tilbydes i Grønland, da det er en isotop-teknik."

Supplerende retsgrundlag

Af landstingsforordning nr. 6 af 31. maj 2001 om patienters retsstilling fremgår yderligere:

"§ 12. Den sundhedsperson, der er ansvarlig for behandlingen, er forpligtet til at drage omsorg for, at

- 1) informeret samtykke indhentes efter §§ 6-8 og § 9, stk. 1,
- 2)-4)..."

Landstingsforordning nr. 15 af 6. november 1997 om sundhedsvæsenets ydelser mv. bestemmer bl.a.:

"Kapitel 1 Formål

§ 1. Sundhedsvæsenets vigtigste opgaver er at fremme befolkningens sundhed, at forebygge sygdomme og sygdomslignende tilstande samt at undersøge, behandle og pleje personer med sygdomme og sygdomslignende tilstande.

Stk. 2. I tilrettelæggelsen af sit arbejde skal sundhedsvæsenet tilstræbe en ligelig adgang til sundhedsvæsenets ydelser uanset bosted.

...

Kapitel 5 Sygdomsbehandling m.v.

§ 14. Personer med ret til ydelser efter landstingsforordningen har, i den udstrækning forholdene tillader det, ret til:

- 1) Forebyggende helbredsundersøgelse.
- 2) Lægebehandling, herunder eventuelt speciallægebehandling.
- 3) Sygehusbehandling.
- 4)-10)...

Kapitel 8 Henvisning til undersøgelse og behandling udenfor det sundhedsdistrikt, hvor en person har ophold

§ 22. Landsstyret nedsætter et Visitationsnævn, der har til opgave at henvise til undersøgelse og behandling uden for det sundhedsdistrikt, hvor en person har ophold. Visitationsnævnets afgørelse i konkrete personsager kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

Stk. 2. Visitationsnævnet kan bemyndige de visiterende overlæger på Dronning Ingrid's Hospital til at træffe afgørelse i sager, der ikke er af principiel karakter.

Stk. 3. Landsstyret fastsætter regler om Visitationsnævnets sammensætning, udpegning, beslutningskompetence og virksomhed.

Stk. 4. Landsstyret fastsætter regler om hvilke ydelser en person, der er henvist efter stk. 1, har ret til at modtage.

§ 23. Henvisning til undersøgelse og behandling uden for Grønland kan alene ske til behandlingsinstitutioner, som Landsstyret har indgået aftale med om modtagelse af patienter fra Grønland.

Stk. 2. Landsstyret fastsætter nærmere regler om benyttelse af behandlingsinstitutioner uden for Grønland.”

I bemærkningerne til forslaget til landstingsforordningens § 1 er anført bl.a. (EM 1997/29):

”Den overordnede målsætning for sundhedsvæsenet er til stadighed at kunne levere den rigtige ydelse på det rigtige tidspunkt og på det rigtige sted – til gavn for såvel den enkelte bruger som samfundet generelt.

Den rigtige ydelse er en konstant afvejning mellem patientens behov og samfundets økonomiske ydeevne. Ydelsen skal gives så tidligt som muligt og så tæt på patientens eget miljø som muligt.

Denne målsætning forudsætter en effektiv udnyttelse af sundhedsvæsenet. Effektiviteten drejer sig ikke om at få produceret flest mulige ydelser for færrest mulige ressourcer,

men derimod om at opfylde sundhedsvæsenets forskellige mål bedst muligt med de til enhver tid værende ressourcer. Både ”over- og underbehandling” af den enkelte patient går ud over effektiviteten. ”Overbehandling” sker på bekostning af tilbud til andre patienter, mens ”underbehandling” er ensbetydende med, at den enkelte patient ikke har fået en tilstrækkelig behandling.

Effektivitet drejer sig derfor om, at fordelingen af sundhedsvæsenets ressourcer er i overensstemmelse med sundhedsvæsenets målsætninger.”

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen angår i første række, om overlæge B er erstatningsansvarlig over for A og er forpligtet til at betale hende godtgørelse for tort, fordi han ikke forud for behandlingen af hende for brystkræft informerede hende om muligheden for at blive undersøgt og eventuelt få foretaget en brystbevarende operation i Danmark.

Sundhedsvæsenet i Grønland er overtaget af Grønlands Hjemmestyre (nu Grønlands Selvstyre) fra den 1. januar 1992. Det tilkommer derfor de grønlandske myndigheder at fastlægge sundhedspolitikken i Grønland, og herunder – efter en politisk prioritering af patienternes behov i forhold til det grønlandske samfunds ressourcer – at fastlægge, hvilke behandlinger der af det grønlandske sundhedsvæsen skal tilbydes i eller uden for Grønland.

Højesteret tiltræder af de grunde, der er anført af Retten i Grønland og tiltrådt af Grønlands Landsret, at overlæge B ikke i forbindelse med behandlingen af A for brystkræft har tilsidesat sin forpligtelse efter § 12, nr. 1, jf. § 6 og § 7 i landstingsforordningen om patienters retsstilling til at sikre, at hun gav informeret samtykke til sin operation på grundlag af fyldestgørende oplysninger om behandlingsmulighederne. Der er derfor ikke grundlag for at tilkende erstatning eller godtgørelse for tort i den anledning. A kan allerede af denne grund heller ikke rette sådanne krav mod Dronning Ingrid's Hospital eller Departementet for Sundhed.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at det af en intern behandlingsinstruks af 25. oktober 2001 fra Dronning Ingrid's Hospital om behandling af brystkræft synes forudsat, at det kan være relevant at informere om en brystbevarende operation, da der er enighed om, at det ikke i As tilfælde var muligt at foretage en sådan operation i Grønland i 2005.

Højesteret stadfæster herefter dommen.

Thi kendes for ret:

Grønlands Landsrets dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal statskassen betale i alt 125.000 kr. til B, Dronning Ingrid's Hospital og Departementet for Sundhed. De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.