

**UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG**

D O M

Afsagt den 7. december 2017 af Østre Landsrets 20. afdeling
(landsdommerne Henrik Bitsch, Peter Thønnings og Chr. Ankerstjerne Rønneberg (kst.)).

20. afd. nr. B-519-14:

- A

mod

Ankenævnet for Patienterstatningen

Københavns Byrets dom af 6. februar 2014 (BS 36A-2153/2011) er anket af A
med påstand om, at sagen hjemvises til Ankenævnet for
Patienterstatningen til fornyet behandling med henblik på udmålingsafgørelse vedrørende
tabt arbejdsfortjeneste for perioden fra den 1. april 2009 til den 9. januar 2013, subsidiært
en kortere periode efter rettens skøn. Det for byretten rejste krav om forhøjelse af méngra-
den er frafaldet.

Indstævnte, Ankenævnet for Patienterstatningen, har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Af en udtalelse af 28. august 2008 vedrørende A fra selskabet G
ved Dr. B fremgår bl.a.:

"I have seen and examined A today. He was well, comfortable and walked with a normal gait.

...

After a full assessment by the C; today he is found to be fit to return to full flying duties, effective 28th August 2008."

Af en skrivelse af 7. januar 2009 til appellanten fra D civile luftfartsstyrelse fremgår, at appellantens helbreds-godkendelse som pilot er suspenderet, og kun vil kunne generhverves efter en helbredsbedømmelse.

Af en speciallægeerklæring af 22. oktober 2009 vedrørende A, udfærdiget af overlæge, speciallæge i neurokirurgi C, fremgår bl.a.:

"Patienten tilkendegiver, at han ikke har haft væsentlige rygproblemer, før han blev akut syg den 12.04.08, hvor han efter en langvarig flyvetur fik meget betydelige lændesmerter. Han var efter beskrivelsen indlagt i længere tid i D ned meget intensiv smertestillende terapi grænsende til intoksikerende doser. Efter hans egen beskrivelse og de beskrivelser, der foreligger i de nævnte journaler, opnåede han dog ganske betragtelig restitution.

.....

Konklusion

Patienten har gennemgået operation for en prolaps på to niveauer på højre side. I forbindelse med denne operation er der utvivlsomt sket en svær skade af 5. lumbale rod, og i forbindelse med, at der også var duralæsion, må det anses for overvejende sandsynligt, at der har været tale om en direkte skade på roden i forbindelse med operationen. Også 4. rod har været påvirket, men er restitueret i væsentlig grad. Patienten har således væsentlige følger efter skaden – og derved et meget stort økonomisk tab, idet han ikke kan opretholde sit arbejde som pilot. Det kan ikke udelukkes, at patienten kan varetage andet arbejde, men næppe på samme niveau. Skaden er varig.

...

I betragtning af, at patienten blev undersøgt på H, hvor man kun fandt let påvirkning af 1. tås opadbøjning, må den dorsalfleksionsparese, han havde før indgrebet, betragtes som minimal og uden betydning. Den aktuelle tilstand er således alene betinget af skaden ved operationen.

..."

Af en udtalelse af 7. marts 2010 fra overlæge, speciallæge og autoriseret flyvemediciner M, fremgår bl.a.:

"... at A's helbredstilstand umiddelbart inden operationen d. 11 november 2008 var af en sådan art, at han formentlig ikke opfyldte ICAO's helbreds-krav for på sikker vis at være pilot (pga rygsmerter og nervepåvirkning). I månederne op til de symptomer der førte til at han blev opereret, kan man ud fra tilsendte materiale betvivle om A eller der opfyldte helbreds-kravene. Da helbreds-kravene sigter på at undgå "sudden incapacity"(...) samt en vis stadi- af fysisk form, er det med den givne patientskade ikke usandsynligt, at piloten i

dag rent faktisk vil kunne bringes til at opfylde helbredskravene, såfremt han kan demonstrere benkraft nok til diverse nødprocedure...

...

I perioden efter operationen og såfremt ingen patientskade var sket, må det forventes, at A ville have fået sin normale helbredsstatus som pilot tilbage og ville kunne genoptage sit job som professionel pilot, som så mange andre piloter med denne ryglidelse og behandling har gjort."

Af Patientskadeankenævnets afgørelse af 17. juni 2011, der er stilet til appellants advokat, fremgår bl.a.:

" Nævnet finder ikke, at Deres klient er berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, jf. erstatningsansvarslovens § 2.

Nævnet har således vurderet, at Deres klients sygdomsmeldinger og deraf mulige mistede arbejdsfortjeneste med overvejende sandsynlighed skyldes Deres klients grundlidelse i form af slidgigt i ryggen og to større diskusprolaps.

Nævnet har i den forbindelse lagt vægt på, at Deres klient ved patientskaden alene er påført et forholdsvist beskedent varigt mén på 10 % ..."

Under sagens behandling ved landsretten har der været stillet supplerende spørgsmål til Retslægerådet, der har besvaret disse hhv. den 5. januar 2016 og den 17. januar 2017:

Af besvarelsen af 5. januar 2016 fremgår bl.a.:

"

Spørgsmål 12:

Retslægerådet bedes sammenholde billederne fra MR-skanningen den 1.8.2008 med CT-skanningen 13.11.2008 samt skanningen foretaget i N i den 16.6.2009 samt billederne fra den foretagne kikkertoperation samme dato. Retslægerådet bedes ud fra dette materiale oplyse, hvorvidt det fremgår, at hele prolapsen på L4 niveau er fjernet ved operationen i O i november 2008.

Første postoperative scanning (operationsdato 11.11.08) er en CT-scanning, som viser, at der på L4/5 niveau er øget bløddelsfylde i det højresidige neuroforamen forenelig med prolaps. Der er følger efter højresidig hemilaminektomi på niveauet, så det drejer sig sandsynligvis om en re prolaps. MR-scanning 16.12.08 viser stor foraminal højresidig prolaps (L4/5) — som er større end den præoperative prolaps, foreneligt med recidivprolaps efter operationen 13.11.08. Herudover er der arvævsforandringer til højre i spinalkanalen på niveauet. Af beskrivelse af MR fra N 16.06.09 fremgår, at man fandt en recidivprolaps L4/5, hvilket passer med fundet på MR-scanningen 16.12.08.

Der er et papirbillede i bilag 22, som viser en højresidig paramedian prolaps, men niveauet fremgår ikke af billedet.

Spørgsmål 13:

Retslægerådet bedes oplyse, hvorvidt det er i overensstemmelse med anerkendte retningslinjer, at operationen den 11. november 2008 foretages på baggrund af billedmateriale fra august 2008.

Retslægerådet bedes begrunde sit svar.

Det er i overensstemmelse med almindelig anerkendt lægefaglig standard at operere på en scanning, som er omkring 3 måneder gammel under forudsætning af, at sympomatologien og patientens kliniske tilstand ikke har ændring sig væsentligt.

Spørgsmål 14:

Retslægerådet bedes oplyse, hvorvidt det er i overensstemmelse med anerkendte retningslinjer at foretage en re-operation den 13. november 2008 på baggrund af en CT-skanning.

Af journal notat fra  s Sygehus (bilag 8) fremgår, at man havde planlagt en MR-scanning af ryggen akut, men at sagsøger ikke kunne klare undersøgelsen. Der blev derfor i stedet foretaget CT-scanning, og denne har suffieient kortlagt forholdene på L4/5 niveauet.

Spørgsmål 15:

Retslægerådet bedes oplyse, hvorvidt CT-skanningen foretaget den 13. november 2008 med sikkerhed kan dokumentere, at hele prolapsen på 4. niveau er fjernet.

Retslægerådet bedes i sin besvarelse af dette spørgsmål inddrage billederne fra juni 2009 fra  samt speciallæge , iagttagelser i Bilag 12.

Der henvises til svaret på spørgsmål 12.

Spørgsmål 16:

Retslægerådet bedes i forlængelse af sin besvarelse af spørgsmål 3 oplyse, hvorved en ekstraforaminal prolaps adskiller sig fra en foraminal stenosis.

Retslægerådet bedes oplyse, om  med operationen i november 2008 – ud fra det foreliggende billedmateriale – havde foraminal stenosis på niveau L4 5

Den foraminale zone er afgrænset af pediklene på de tilstødende hvirvler og afgrænses lateralt ved den laterale afgrænsning af pediklen svarende til afgang af processus transversus. Den ekstraforaminale zone er området lateralt for den foraminale zone. MR-scanning af columna lumbalis fra 01.08.08 viste en foraminal prolaps på L4/5 niveau, som ikke strakte sig ud ekstraforaminalt. Der er som følge af prolapsen foraminal stenose på højre side.

Spørgsmål 17:

....

Spørgsmål 18:

Giver sagen i øvrigt Retslægerådet anledning til bemærkninger.

Nej.
.... ”

Af besvarelsen af 17. januar 2017 fremgår bl.a.:

”...

Spørgsmål 20:

Har Retslægerådet i forbindelse med sin besvarelse dateret 5. januar 2016 haft MR-skanningen af 1. august 2008 til gennemsyn.

Ja, ved udarbejdelse af besvarelsen var MR-scanning af columna lumbalis den 01.08.08 til rådighed.

Spørgsmål 21:

Har Retslægerådet i forbindelse med tidligere besvarelser haft A5 billeder fra maj juni 2008 fra  til gennemsyn.

Ja, MR-scanning fra  dateret den 16.04.08 har tidligere været til gennemsyn både i form af udprintede film og en CD.

Spørgsmål 22:

Hvis der er preoperative billeder, Retslægerådet ikke har haft til gennemsyn, ændrer disse billeder så ved rådets besvarelse af spørgsmål 12, hvorefter skanningerne foretaget efter operationen den 11 november 2008 og re-operationen den 13. november 2008 er forenelige med recidivprolaps.

Ved besvarelsen af spørgsmål 12 beskrives, at der ved MR-scanning den 16.12.08 er fundet en stor foraminal højresidig prolaps (L4/L5) — som er større end den præoperative prolaps, forenelig med recidivprolaps efter operationen den 13.11.08. Da der ikke er præoperative billeder, der ikke er gennemset, er der ingen ændringer af svaret på spørgsmål 12. Der skal hertil tilføjes, det ikke er muligt billeddiagnostisk at adskille fortsat tilstedeværelse af prolapsmateriale fra reoprolaps med sikkerhed, idet der billeddiagnostisk vil være sammenfald i udseende af disse kategorier. CT-scanning er heller ikke helt sammenlignelig med MR-scanning og giver ikke den samme diagnostiske sikkerhed.

Spørgsmål 23:

Giver besvarelsen af spørgsmål 20-22 Retslægerådet anledning til supplerende bemærkninger til besvarelsen afgivet af Retslægerådet den 5. januar 2016.

Nej.
.... ”

Forklaringer

Der er i landsretten afgivet supplerende forklaring af



A har forklaret bl.a., at han har arbejdet som pilot siden 1988. I 1995 blev han ansat i G, der er hjemmehørende i D, hvor han har bopæl. Der er i sagen fremlagt en europæisk ansættelseskontrakt, fordi han har base i L og er ansat i en europæisk underafdeling af G. Han fik udbetalt løn i pund sterling frem til november 2008, hvor han overgik til lønudbetaling i euro. Dette skyldes fagforeningsmæssige forhold. Hans officielle rang er "Senior First Officer", og han virker som "Relief Captain", når der flyves. Når flyet letter og lander, er flyets "Captain" ved roret. Han fløj i 2008-2009 blandt andet Boeing 747-400, en såkaldt "Jumbojet".

Han bibeholdt sine forsikringer hos G under sygemeldingsperioden frem til januar 2013, og selskabet har betalt for alle hans behandlinger og operationer. Dette har kostet i alt 250.000 euro. Han er nu fuldt helbredt for sine gener efter fejloperationen. I G har man en "Longterm Sickness Committee", der løbende tager stilling til, om en sygemeldt medarbejder har udsigt til helbredelse og arbejder aktivt for en sådan helbredelse. Hvis dette er tilfældet, opretholdes ansættelsen og forsikringsdækningen i denne forbindelse. Han har ikke haft indtægter i sygemeldingsperioden udover de tre måneders løn, han forklarede om for byretten. Han fløj som styrmand med en betinget medicinsk godkendelse i perioden januar-december 2013.

Han fravalgte i maj og juni 2008 at blive opereret og fulgte konservativ behandling, fordi han trods smerterne i ryggen ikke fik inddraget sin medicinske godkendelse til at flyve. Efter operationen den 11. november 2008 kunne han ikke flyve. Han fik at vide af den behandlende overlæge, at der var tale om en permanent nervebeskadigelse, som man reelt ikke kunne gøre noget ved. Han var meget hæmmet efter operationen og kunne bl.a. på grund af den forværrede dropfodslidelse ikke føre bil.

Kikkertoperationen i oktober 2009 i D forbedrede nervebeskadigelsen. Der er løbende efterfølgende sket en gradvis forbedring af denne nervebeskadigelse, og han er nu uden gener. I perioden fra 2009 til 2012 var han løbende månedligt under vurdering af G "Longterm Sickness Committee". Man benytter fodpedaler ved styringen af et rutefly, og eftersom han ikke havde fuld føleevne og kraft i højre underben, kunne han ikke få en medicinsk godkendelse. Det er korrekt, at han, som anført af flyvemediciner, overlæge M, ikke var underlagt EU-reglerne for piloters helbredstilstand, men derimod de internationale ICAO-regler. De to regelsæt er dog tæt på identiske.

Rygsmærterne fra discusprolapsen føltes frem til operationen i maj 2012 som en "stikken fra en skruetrækker" eller pind ind i lænderyggen. Selvom han havde denne smerte, ville han have kunnet virke som pilot. Det er ret hyppigt forekommende, at piloter har rygsmærter. Man kan justere sædet og bevæge sig rundt i cockpittet under flyvningen og derved lette eventuelle ryggene.

Inden operationen den 11. november 2008 kunne han flyve og dyrke sport. Han var "unfit" fra april-september 2008 på grund af rygsmærter. Hvis man tager smertestillende medicin, kan man ikke virke som pilot. I perioden juni 2009-april 2012 gennemgik han genoptræning og behandling, men blev ikke opereret.

Procedure

Appellanten har for landsretten procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument for landsretten, hvoraf fremgår bl.a.:

"Der er tale om en anerkendt patientskade i henhold til KEL § 20, stk. 1 nr. 4, som følge heraf er A berettiget til at få dækket sit fulde tab i henhold til erstatningsansvarsloven som følge af denne skade.

Det gøres fra appellants side gældende, at der er fornødent grundlag for at tilsidesætte Patientskadeankenævnets afgørelse om, at A ikke er berettiget til tabt arbejdsfortjeneste i henhold til erstatningsansvarslovens § 2. Årsagen er, at det af afgørelsen fremgår, at det vurderes, at A's mistede arbejdsfortjeneste skyldes grundlidelsen i form af slidgigt og diskusprolaps.

Det er ikke korrekt. Det kan således lægges til grund, at A ved den anerkendte patientskade fik en meget svær dorsalfleksionsparese som følge af en svær beskadigelse af 5. lumbale rod.

Det kan endvidere lægges til grund, at paresen forud for operationen var minimal og uden betydning.

Endelig kan det på baggrund af flyvemediciners erklæring lægges til grund, at A
- såfremt nervebeskadigelsen ikke var sket ved operationen - ville have

genoptaget sit arbejde som pilot efter en sygemelding på 3 måneder ”som så mange andre piloter med denne ryglidelse og behandling har gjort.”

Indstævnte gør gældende, at appellantten ikke har løftet bevisbyrden for, at han med sin grundlidelse ville have været i stand til at bevare sit flycertifikat.

Den bevisbyrde er løftet med flyvemediciner M's lægefaglige vurdering.

Herudover understøtter faktum, at det forholder sig på den måde. Da paresen afhjælpes ved operationen i 2012, generhverver A, således den medicinske godkendelse og dermed sit flycertifikat.

Nervebeskadigelsen var afgørende for den medicinske godkendelse som pilot. Dette understøttes af bilag 7, hvor flyvemedicineren tilbage i 2008 netop undersøger A grundigt for disse forhold og finder ham i stand til at genoptage arbejdet som pilot den 28. august 2008.

” “I have seen and examined Mr. A today. He was well. Comfortable and walked with a normal gait. Straight leg raise was 90 degrees of the right and left legs. Power was full for both legs. He was able to squat, stand on tiptoes and walk with no problems. After a full assessment by the , today he is found to be fit to return to full flying duties”

A skal have sit fulde tab dækket som følge af den anerkendte patientskade. Han er pilot og det har været helt afgørende for hans indtjeningsevne at han kunne opnå sin medicinske godkendelse.

Det er et grundprincip i erstatningsretten at skadevolder må tage skadelidte som skadelidte er. Det princip finder også anvendelse i denne sag.”

Indstævnte har for landsretten procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument for landsretten, hvoraf fremgår bl.a.:

"Københavns Byret har med rette fundet, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte ankenævnets vurdering af, at A's sygdomsmedl. med overvejende sandsynlighed skyldes hans grundlidelse i form af slidgigt i ryggen og to større diskusprolaps.

Der skal et sikkert grundlag til for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse af 17. juni 2011, der er truffet under medvirken af sagkyndige medlemmer og efter forudgående indhentelse af sagkyndige vurderinger. Det er A der bærer bevisbyrden for, at der er grundlag for at tilsidesætte afgørelsen, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

Heller ikke ved bevisførelsen for landsretten har A dokumenteret, at han som følge af patientskaden i form af forværring af den højresidige dropfod har lidt et tab i form af tabt arbejdsfortjeneste for perioden fra den 1. april 2009 til den 9. januar 2013.

A har således ikke løftet bevisbyrden for, at han i erhvervsmæssig henseende var rygrask, og at han dermed med sin grundlidelse ville have kunnet bevare sit medicinske certifikat og fortsætte sit arbejde som Senior First Officer, herunder at han i den angivne periode har lidt et tab, som han ikke ville have lidt, hvis ikke han havde været udsat for patientskaden.

Det fremgår derimod også af de for landsretten fremlagte bilag, at det var forhold, uafhængige af patientskaden, som var årsag til, at I. den 9. januar 2009 suspenderede A's medicinske certifikat frem til og med den 25. januar 2013, hvor A generhvervede sit certifikat.

Således fremgår det blandt andet af journalnotater fra A's senere operationer i K den 16. juni 2009 og den 4. april 2012, at han blev behandlet for sine følger af grundlidelsen. Det fremgår endvidere af journalnotat af 4. december 2009 fra L Privathospital, at diagnosen på tidspunktet, hvor A blev afsluttet derfra, var følger af diskusprolaps.

I overensstemmelse hermed fremgår det af Retslægerådets udtalelse af 1. august 2012, at A allerede inden operationen den 11. november 2008 havde smerter i ryggen samt smerter, føleforstyrrelser og kraftnedsættelse i højre fod, og at tilstanden efter

operationen den 13. november 2008 var betinget af grundsygdommen, jf. besvarelsen af spørgsmål 2, 8 og 12.

Speciallægeerklæringen fra speciallæge i neurokirurgi C kan ikke som anført af A føre til et andet resultat allerede af den årsag, at speciallægeerklæringen ikke forholder sig til det forventede naturlige forløb af A's gener, hvis der ikke var sket en patientskade; men alene til tilstanden inden operationen og tilstanden med patientskaden.

Heller ikke den udtalelse fra overlæge A, som Patientforsikringen indhentede til brug for deres afgørelse dokumenterer, at A's sygemelding skyldes patientskaden og ikke grundlidelsen.

Lægefaglige vurderinger indhentet til brug for den underordnede instans behandling af sagen kan ikke føre til en tilsidesættelse den overordnede myndigheds afgørelse.

Hertil kommer, at A hverken har foretaget den relevante vurdering i henhold til klage- og erstatningsloven eller erstatningsansvarsloven.

Endelig anfører A, at det med patientskaden ikke er usandsynligt, at A vil kunne bringes til at opfylde helbredskravene, men at det ikke fremgik af materialet, om den myndighed, der skulle afgøre spørgsmålet, havde vurderet dette.

Landsrettens begrundelse og resultat

For landsretten har appellanten udelukkende nedlagt påstand om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste.

Det fremgår af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 12, at MR-scanningen den 16. december 2008 viste en stor foraminal højresidig prolaps, som er forenelig med en recidivprolaps. Ved MR-scanningen den 16. juni 2009 forefandtes endvidere en recidivprolaps. Sammenholdt med Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 8, hvoraf fremgår, at tilstanden efter operationen den 13. november 2008 i det væsentlige var uændret og betinget af grundlidelsen samt besvarelsen af spørgsmål 9, hvoraf fremgår, at der efter den 3. operation i juni 2009 var angivet nogen bedring, hvad angår smerter, men i øvrigt uændret tilstand, finder landsretten, at A's mistede arbejdsindtægt med overvejende

sandsynlighed skyldes hans grundlidelse. Erklæringerne fra speciallæge  og overlæge  kan ikke føre til andet resultat, da disse ikke dokumenterer, at den mistede arbejdsindtægt ikke skyldes grundlidelsen. Herefter og da landsretten i øvrigt kan tiltræde det af byretten anførte vedrørende appellantens subsidære påstand i byretten om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, frifindes indstævnte.

Landsretten stadfæster således byrettens afgørelse.

Appellanten,  skal betale sagsomkostninger for landsretten til indstævnte, Ankenævnet for Patienterstatningen med i alt 100.000 kr. Beløbet omfatter udgifter til advokatbistand. Ved fastsættelsen af beløbet er der ud over sagens værdi taget hensyn til sagens varighed og omfang, herunder at der under forberedelsen af sagen ved landsretten er indhentet to udtalelser fra Retslægerådet.

Th i k e n d e s f o r r e t:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal appellanten,  i betale 100.000 kr. til indstævnte, Ankenævnet for Patienterstatningen.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 07-12-2017

Jens Jensen
kontorfuldmægtig