

**Diarienummer:** TIL 2018/509  
**Handling:** 77  
**Handläggare:** Laine Nõu Englesson

Kliniken AB

## **Tillsyn avseende diskrimineringsförbudet vid tillhandahållande av tjänst**

Diskrimineringsombudsmannen (DO) har granskat om Kliniken AB har överträtt förbudet mot diskriminering som har samband med kön och könsöverskridande identitet eller uttryck i kontakterna med en patient.

### **DO:s beslut**

DO bedömer att Kliniken AB har överträtt förbudet mot diskriminering som gäller vid tillhandahållande av tjänster, 2 kap. 12 § 1 jämfört med 1 kap. 4 § 1 diskrimineringslagen (2008:567), DL.

### **Om ärendet**

#### **Bakgrund till DO:s beslut att inleda tillsyn**

En person (hädanefter A) har uppgett till DO att hon har blivit utsatt för diskriminering som har samband med sexuell läggning, kön eller könsöverskridande identitet eller uttryck i kontakt med Kliniken AB (hädanefter Kliniken). DO har inlett en tillsyn med anledning av uppgifterna.

A har uppgett bland annat följande.

I början av juli 2018 annonserade Kliniken om ett erbjudande gällande bröstoperationer till förmånliga priser. Enligt Klinikens hemsida kunde de, förutom att sätta in nya bröstimplantat, även byta ut gamla implantat. A kontaktade Kliniken per telefon för att boka en tid och informerade då om att hon är transkvinna och behövde byta ut sina gamla implantat eftersom hon fått en kapselbildning i ena bröstet. Klinikens representant, en person i receptionen, sade att det inte var något problem. Dagen därpå fyllde A i en hälsodeklaration som lämnades utan anmärkning och det förelåg inga hinder för en operation. Därefter bokades en tid för konsultation in i slutet av sommaren 2018. Ett par dagar efter att hon gjort hälsodeklarationen

ringde Klinikens receptionist upp A och informerade henne att deras kirurger kommit fram till att de inte ville genomföra operationen eftersom de saknade kunskap för att byta ut hennes implantat. Kliniken utför byte av implantat på personer som fötts som kvinnor men ville inte utföra ett byte på A.

I annonsen framgick ingenting om att de inte utför operationer på transkvinnor. A är övertygad om att det är hennes sexuella läggning eller könsidentitet som ligger till grund för Klinikens ställningstagande att inte utföra operationen på henne. A definierar sig som transkvinna. En annan klinik har nu bytt A:s implantat.

### **Utredningen i ärendet**

DO har begärt yttranden från Kliniken som i huvudsak har uppgett följande.

A hade bokat ett nybesök hos Kliniken den 29 augusti 2018. Det nybesök som bokades var fel sorts nybesök eftersom det istället var fråga om korrektion av ett misstänkt trasigt implantat. Någon operation var inte inbokad och har därför inte kunnat bokas av.

Den som har ett trasigt implantat ska i första hand vända sig till den klinik där man först gjort bröstoperationen. Om det inte är möjligt bör man kontrollera huruvida implantatet faktiskt är trasigt, vilket man lättast gör via landstinget. Oftast känner man inte själv om man har ett trasigt implantat. Vid misstanke om ett trasigt implantat kontaktar man sin husläkare för att bli remitterad till ultraljud. Ofta kan tillverkaren av implantatet stå för en del av kostnaden för att byta ut ett trasigt implantat. Alla som har gjort bröstförstoring får kapselbildning förr eller senare.

Bröstoperationer kan delas in i ett 20-tal olika varianter. Det krävs mycket lång utbildning för att bli rekonstruktiv plastikkirurg och ytterligare utbildning för estetisk kirurgi. Kliniken håller överhuvudtaget inte på med rekonstruktiv kirurgi.

Hos kvinnor består glandulan, det vill säga bröstkörteln, av både fett och mjölkkörtlar. Hos män består den mest av fett. Kvinnor har oftast mer glandula än män. En viktig faktor för operationens resultat är mängden glandula. Smala kvinnor utan egen körtel har ofta mycket tunn hud och kan ha liknande problem som män, med skillnaden att kvinnor också har tunnare muskler. Män har oftast tjockare hud och tjockare muskler. Problemet med att operera män är att bröstmusklerna är mycket tjockare än hos kvinnor, vilket gör det svårare att operera in ett implantat under

muskeln. Samma svårigheter gäller kvinnor med väldigt mycket muskler. Då gör Kliniken inga operationer.

Under en bröstoperation gör man ett snitt och skapar en håla ner mot revbenen och lyfter på muskeln. Muskeln täcker dock inte hela implantatet och musklerna är olika följsamma hos olika personer. På män och kvinnor med väldigt mycket muskler är musklerna ofta mindre följsamma. Kliniken behandlar transsexuella patienter på flera olika sätt, men inte genom bröstoperationer eftersom det är en anatomisk skillnad mellan patienter beroende på om de är födda som män eller kvinnor. Förfarandet är detsamma, men de anatomiska skillnaderna gör att det inte blir lika enkelt att operera personer som fötts som män. Vad som skiljer sig åt varierar eftersom alla människor har olika förutsättningar. Den stora skillnaden är att män oftast, men inte alltid, har tjockare bröstmuskler.

Konsultationen har avbokats på grund av att den enda kirurgen som tjänstgjorde hos Kliniken vid det aktuella tillfället inte var tillräckligt erfaren. Han kände osäkerhet inför en bröstoperation av en person som var född som man. Han hade gjort en sådan operation tidigare men inte blivit nöjd med resultatet. Därför vill han inte göra fler sådana operationer. Avbokningen har skett av patientsäkerhetsskäl. Det fanns andra läkare hos Kliniken med tillräcklig erfarenhet som vid ett senare tillfälle hade kunnat ta emot A för en konsultation.

Kliniken behandlar alla de kan hjälpa. Bolaget har ett kommersiellt intresse och vill inte undanta några patientgrupper, men vill inte heller använda människor som experimentpersoner.

### **Rättslig reglering på området**

Direkt diskriminering innebär att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med någon diskrimineringsgrund, 1 kap. 4 § 1 DL.

Kön är att någon är kvinna eller man. Även den som avser att ändra eller har ändrat sin könstillhörighet omfattas av diskrimineringsgrunden kön, 1 kap. 5 § 1 samt sista stycket DL.

Med könsöverskridande identitet eller uttryck avses att någon inte identifierar sig som kvinna eller man eller genom sin klädsel eller på annat sätt ger uttryck för att tillhöra ett annat kön, 1 kap. 5 § 2 DL.

Diskriminering är förbjuden för den som utanför privat-och familjelivet tillhandahåller varor, tjänster eller bostäder till allmänheten eller anordnar en allmän sammankomst eller en offentlig tillställning, 2 kap. 12 § 1 DL.

Förbudet mot diskriminering i 12 § som har samband med kön hindrar inte att kvinnor och män behandlas olika i fråga om tjänster eller bostäder, om det har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet, 2 kap. 12 a § DL.

### **DO:s bedömning**

Tillämpligt diskrimineringsförbud

DO tar inledningsvis ställning till om situationen faller under diskrimineringsförbudet som gäller i fråga om hälso- och sjukvård och annan medicinsk verksamhet eller diskrimineringsförbudet som gäller vid tillhandahållande av tjänster.

Med hälso-och sjukvård avses enligt 2 kap. 13 § 1 DL åtgärder för att medicinskt förebygga, utreda och behandla sjukdomar och skador (se prop. 2007/08:95 s. 522). Marknaden för estetisk kirurgi är förhållandevis oreglerad i hälso- och sjukvårdslagstiftning, men viss ledning kan hämtas i praxis från andra rättsområden. Högsta förvaltningsdomstolen har bedömt att medicinska åtgärder som utförs i syfte att diagnostisera, tillhandahålla vård för och bota sjukdomar eller hälsoproblem eller i syfte att skydda, upprätthålla eller återställa människors hälsa är att hänföra till begreppet sjukvård, men inte estetiska operationer och behandlingar som utförs med annat syfte.<sup>1</sup>

Enligt 2 kap. 12 § 1 DL är diskriminering förbjuden för den som utanför privat- och familjelivet tillhandahåller bland annat varor och tjänster till allmänheten. Med begreppet ”tjänst” avses något som någon gör eller utför åt någon annan mot ersättning. Tillhandahållandet ska vara riktat till allmänheten, det vill säga till en obestämd krets av personer.

(Se prop. 2007/08:95 s. 518.)

Diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § DL bygger bland annat på bestämmelserna i EU-direktivet 2004/113/EG<sup>2</sup> som reglerar likabehandling

---

<sup>1</sup> Se HFD 2013 ref. 67 där Högsta förvaltningsdomstolen prövade frågan om en plastikkirurgisk klinik tillhandahållit sådan verksamhet som var att hänföra till begreppet sjukvård i mervärdesskattelagens (1994:200) mening.

<sup>2</sup> Rådets direktiv 2004/113/EG av den 13 december 2004 om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster.

av kvinnor och män vid bland annat tillhandahållande av varor och tjänster. Tjänster definieras i artikel 57 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt som prestationer som normalt utförs mot ersättning.

Det som nu har sagts medför att estetisk plastikkirurgi utifrån enskildas önskemål vid privata kliniker som utgångspunkt utgör tjänst i diskrimineringslagens mening, medan exempelvis rekonstruktiv kirurgi kan aktualisera diskrimineringsförbudet för hälso- och sjukvård. I förevarande fall bedömer DO att det är diskrimineringsförbudet som gäller vid tillhandahållande av tjänster i 2 kap. 12 § 1 som är tillämpligt.

#### Tillämplig diskrimineringsgrund

DO ska därefter bedöma vilken eller vilka diskrimineringsgrunder som är tillämpliga i ärendet. A har uppgett att hon är transkvinna och att Klinikens agerande beror på hennes sexuella läggning eller könsidentitet. Kliniken har å sin sida uppgett att de inte tar sexuell läggning i beaktande samt att de inte utför bröstoperationer på personer som är födda som män.

Ifråga om definitionen av könsöverskridande identitet eller uttryck, 1 kap. 5 § 2 DL, anges i förarbetena att denna diskrimineringsgrund bör innefatta en persons mentala kön eller självupplevda könsbild, det vill säga det som inte utan vidare är iakttagbart för andra. Vidare bör det omfatta hur någon uttrycker sitt sociala kön. Diskrimineringsgrundens räckvidd och förhållande till diskrimineringsgrunden kön är av naturliga skäl inte skarp (jfr prop. 2007/08:95 s. 116).

I 1 kap. 5 § sista stycket anges att även den som avser att ändra eller har ändrat sin könstillhörighet omfattas av diskrimineringsgrunden kön. EU-domstolen har i flera avgöranden uttalat att transpersoner i vissa fall omfattas av diskrimineringsgrunden kön och därmed skyddas av den EU-rättsliga diskrimineringslagstiftningen.<sup>3</sup>

Mot bakgrund av de uppgifter som framkommit i ärendet bedömer DO att situationen aktualiserar såväl diskrimineringsgrunden kön som könsöverskridande identitet eller uttryck.

---

<sup>3</sup> Se bl.a. P. mot S. och Cornwall County Council, C-13/94, EU:C:1996:170, K.B. mot National Health Service Pensions Agency och Secretary of State for Health, C-117/01, EU:C:2004:7 samt B. mot Secretary of State for Work and Pensions, C-451/16, EU:C:2018:492.

## Direkt diskriminering

Förbudet mot direkt diskriminering är uppbyggt kring rekvisiten missgynnande, jämförelse och orsakssamband.

### Missgynnandet

Ett missgynnande innebär att någon försätts i ett sämre läge eller går miste om en förbättring, en förmån, en serviceåtgärd eller liknande. Det som typiskt sett är förenat med faktiskt förlust, obehag eller liknande är missgynnande. Även att gå miste om möjligheten till en bedömning av förutsättningarna för att komma i fråga för ett arbete eller en tjänst kan utgöra ett missgynnande (se prop. 2007/08:95 s. 486 f. och RH 2014:9).

Kliniken har sammanfattningsvis uppgett att förfarandet är detsamma när en bröstoperation görs på personer som fötts som kvinna respektive man men att de anatomiska skillnaderna mellan kvinnor och män gör att det är svårare att operera personer som fötts som män. Kliniken har också redogjort för vad dessa skillnader består i samt att det som skiljer sig åt varierar eftersom alla människor har olika förutsättningar. På grund av de anatomiska skillnaderna behandlar inte Kliniken transsexuella patienter genom just bröstoperationer.

Utifrån de uppgifter som framkommit i ärendet bedömer DO att händelseförloppet får betraktas i två delar; dels konsultationen, dels operationen. I ärendet är ostridigt att A:s inbokade nybesök har avbokats och att någon operation inte utförts hos Kliniken.

Det har framkommit i ärendet att Kliniken vid aktuell tidpunkt inte hade någon läkare som ansåg sig vara kapabel att utföra en bröstoperation på en person som var född som man. Enligt vad som framkommit i utredningen hade Kliniken däremot tillgång till andra och mer erfarna läkare som vid ett senare tillfälle hade kunnat ta emot A för en konsultation. Kliniken har inte erbjudit A en senare tid för konsultation. Genom att Kliniken avbokat mötet utan att erbjuda en annan tid för en konsultation, har Kliniken nekat A en möjlighet till en individuell bedömning av A:s förutsättningar för en operation. Det innebär i sig att A har missgynnats, och det gäller även om kliniken vid en sådan konsultation hade bedömt att A:s individuella förutsättningar var sådana att A nekats en operation till det angivna priset, alternativt hänvisats till den allmänna sjukvården eller en annan klinik. DO bedömer alltså att den omständigheten att Kliniken inte erbjudit A konsultation, om än vid ett senare tillfälle, i sig utgör ett missgynnande i förhållande till A.

### **Jämförelsen**

Hur den person som menar sig ha blivit diskriminerad har behandlats ska jämföras med hur någon eller några andra personer behandlas, har blivit behandlade eller skulle ha behandlats. Jämförelsen blir rättvisande endast om personerna befinner sig i situationer där det är rimligt eller naturligt att jämföra dem med varandra. Om det i det enskilda fallet kan anses rimligt och naturligt att olika individer behandlas lika befinner sig dessa i en jämförbar situation. I vissa fall kan "jämförbar situation" utgå från människors behov. Så kan vara fallet till exempel i fråga om hälso- och sjukvård och inom socialtjänsten. Där blir i första hand vård- eller stödbehovet styrande för om två personer kan anses vara i jämförbara situationer. I andra fall är utgångspunkten att i princip alla befinner sig i en jämförbar situation i den meningen att alla – oavsett personliga egenskaper – har rätt att inte bli bemötta på ett diskriminerande sätt. Så bör vara fallet till exempel vid restaurangbesök, vid besök i nöjeslokaler, för kunder i butiker och för den som söker olika typer av samhällelig service. I situationer som dessa lär kriteriet jämförbar situation ha en underordnad praktisk betydelse (se prop. 2007/08:95 s. 487 f.).

Det har av Klinikens uppgifter framkommit att det oftast finns vissa skillnader i förutsättningarna för att operera bröst på kvinnor och män och att de individuella förutsättningarna för en operation kan variera. DO bedömer mot denna bakgrund att det krävs en individuell bedömning för att avgöra om det finns förutsättningar för att genomföra en operation oavsett om det rör sig om en person som har fötts som man eller kvinna. Någon sådan bedömning har inte gjorts avseende A. Såvitt avser den nekade konsultationen bedömer DO att A befunnit sig i en jämförbar situation med andra patienter som önskat genomgå en bröstoperation.

### **Orsakssambandet**

För att det ska vara fråga om direkt diskriminering måste det finnas ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. En diskriminerande avsikt är inte nödvändig för att diskriminering ska kunna vara för handen. Om hänsyn till någon av diskrimineringsgrunderna är en av flera orsaker till handlandet är detta tillräckligt. Den aktuella diskrimineringsgrunden behöver inte vara det enda eller det avgörande skälet för beslutet. Detta kan uttryckas som att det inte behöver vara fråga om ett missgynnande på grund av diskrimineringsgrunden. Det räcker med att missgynnandet har samband med diskrimineringsgrunden (se prop. 2007/08:95 s. 488 f.).

Kliniken har uppgett att bolaget inte utför bröstoperationer på personer som är födda som män. DO bedömer att det därmed finns ett samband mellan

A:s kön och beslutet att neka A konsultation. Missgynnandet aktualiserar också diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet eller uttryck, eftersom A identifierar sig som transkvinna.

#### **Undantag från förbudet mot diskriminering**

Förbudet i 2 kap. 12 § 1 st DL hindrar inte att kvinnor och män behandlas olika i fråga om tjänster, om det har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Det finns inte någon motsvarande undantagsreglering som gäller diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet eller uttryck.

Kliniken har hänvisat till etiska och medicinska skäl att neka personer som är födda som män att genomgå bröstoperationer, bland annat utifrån de olika anatomiska förutsättningarna mellan kvinnor och män. DO bedömer att det av nu nämnda skäl finns ett berättigat syfte att neka vissa personer att genomgå bröstoperationer. Däremot bedömer DO, mot bakgrund av de uppgifter Kliniken har lämnat om att alla människor har olika förutsättningar för operation, att Kliniken genom att neka A konsultation inte har använt nödvändiga och lämpliga åtgärder för att uppnå syftet. Kliniken har inte undersökt A:s individuella förutsättningar att genomgå den önskade bröstoperationen.

Mot denna bakgrund bedömer DO att undantagsbestämmelsen inte kan tillämpas i detta fall.

Sammanfattningsvis bedömer DO att Kliniken genom att neka A konsultation har överträtt diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § 1 DL på ett sätt som har samband med kön och könsöverskridande identitet eller uttryck enligt 1 kap. 5 § 1 och 2 DL.

Med dessa bedömningar avslutar DO ärendet.

Beslut i detta ärende har fattats av diskrimineringsombudsmannen Lars Arrhenius efter föredragning av Laine Nõu Englesson. I den slutliga handläggningen har även enhetscheferna Annelie Sjöberg och Martin Mörk, chefsjuristen Mattias Falk samt sektionscheferna Carolina Stiwenius och Linnea Sigeman deltagit.

Detta beslut går inte att överklaga. De bedömningar som DO gör i beslut är inte juridiskt bindande och beslutet påverkar inte enskildas möjligheter att själva väcka talan om diskrimineringsersättning i tingsrätt.



Lars Arrhenius  
Diskrimineringsombudsman

En kopia av beslutet skickas till A.