

En tandläkare har vid arbetet med patienter använt engångsärmar för att av religiösa skäl skylla sina bara armar inför män. Tandläkarens arbetsgivare har förbjudit användningen av engångsärmar. Fråga om tandläkaren därigenom utsatts för indirekt diskriminering eller om det visats att förbudet varit lämpligt och nödvändigt för att bibehålla patientsäkerheten.

ARBETSDOMSTOLEN

DOM
2017-12-20
Stockholm

Dom nr 65/17
Mål nr A 163/16

KÄRANDE

Diskrimineringsombudsmannen, Box 4057, 169 04 Solna
Ombud: processföraren Johanna Nilsson och processenhetschefen Martin
Mörk, samma adress

SVARANDE

1. Arbetsgivarförbundet Pacta, 118 82 Stockholm (för ej talan)
2. Folktandvården Stockholms län AB, 556574-3597, Box 6420,
113 82 Stockholm
Ombud för 2: arbetsrättsjuristen Lina Cronebäck och arbetsrättschefen
Sophie Thörne, Sveriges Kommuner och Landsting, 118 82 Stockholm

SAKEN

diskrimineringsersättning

Bakgrund

Folktandvården Stockholms län AB (Folktandvården) ägs av Landstingshuset i Stockholm AB, som i sin tur ägs av Stockholms läns landsting (landstinget). Folktandvården är medlem i Arbetsgivarförbundet Pacta.

Folktandvården bedriver allmän tandvård, medicinsk tandvård och specialisttandvård inom ramen för landstingets ansvar enligt tandvårdslagen (1985:125). A.N. har arbetat som tandläkare vid Folktandvårdens klinik i Viksjö. A.N. är troende muslim och hennes religiösa uppfattning tillåter inte att hon visar sina bara armar för män som inte tillhör den närmaste familjen. Vid arbete med patienter har hon burit en kortärmad bussarong och därtill s.k. engångsarmar i plast för att skylla underarmarna.

Den 5 februari 2016 beslutade Folktandvården, för att följa Socialstyrelsens föreskrifter om att arbetskläderna ska vara kortärmade i allt behandlingsarbete, att det inte längre är tillåtet att använda engångsarmar. Parterna är överens om att beslutet bara gäller vid s.k. patientnära vårdarbete, dvs. vid arbete i rum där patienter undersöks, behandlas eller vårdas.

A.N. har efter beslutet slutat sin anställning hos Folktandvården.

Twist har uppkommit om Folktandvården, genom beslutet att förbjuda användningen av engångsärmar, har utsatt A.N. för indirekt diskriminering på grund av hennes religion.

A.N. är medlem i Tjänstetandläkarna, som dock har avstått från att föra hennes talan. Diskrimineringsombudsmannen (DO) för i stället talan för A.N., vilket hon gått med på.

Pacta har avstått från att föra Folktandvårdens talan.

Socialstyrelsens föreskrifter

Inom sådan verksamhet som omfattas av bl.a. tandvårdslagen gällde tidigare Socialstyrelsens föreskrifter om basal hygien inom hälso- och sjukvården m.m. (SOSFS 2007:19). Dessa föreskrifter innehöll bl.a. följande.

Hälso- och sjukvårdspersonalens ansvar

2 § Hälso- och sjukvårdspersonalen ska vid undersökning, vård och behandling eller annan direktkontakt med patienter iakttä följande för att begränsa risken för vårdrelaterade infektioner:

1. Arbetskläderna ska ha korta ärmar.
2. Arbetskläderna ska bytas dagligen, eller vid behov oftare.
3. Händerna och underarmarna ska vara fria från armbandsur och smycken.
4. Händerna ska desinfekteras med ett alkoholbaserat handdesinfektionsmedel, eller något annat medel med motsvarande effekt, omedelbart före och efter varje direktkontakt med en patient.
5. Händerna ska desinfekteras både före och efter användning av handskar.
6. Händerna ska, om de är synligt smutsiga, tvättas med vatten och flytande tvål innan de desinfekteras.
7. Vid vård av en patient med gastroenterit ska händerna alltid tvättas med vatten och flytande tvål före desinfektion.
8. Händer som har tvättats ska vara torra innan de desinfekteras.
9. Ett engångsförkläde av plast eller en skyddsrock ska användas, om det finns en risk för att arbetskläderna kommer i kontakt med kroppsvätskor eller annat biologiskt material.
10. Skyddshandskar för engångsbruk ska användas vid kontakt med eller risk för kontakt med kroppsvätskor eller annat biologiskt material.
11. Skyddshandskarna ska tas av direkt efter ett arbetsmoment och bytas ut mellan olika arbetsmoment.

Dessa föreskrifter ersattes den 1 januari 2016 av Socialstyrelsens föreskrifter om basal hygien i vård och omsorg (SOSFS 2015:10), som har bl.a. följande innehåll.

Hygienkrav

5 § Den som är yrkesmässigt verksam eller under utbildning i

1. verksamhet enligt 1 § [som omfattas av bl.a. tandvårdslagen] som innefattar arbetsmoment som innebär fysisk kontakt med patienter (vård), eller
2. verksamhet enligt 2 eller 3 § som innefattar arbetsmoment som innebär fysisk kontakt med den som har beviljats insatsen (omsorg) ska, i situationer där det finns risk för överföring av smittämnen, iaktta följande.

- a) Arbetskläder får endast bäras i arbetet. Om arbetet bedrivs på flera platser, får de dock även bäras vid färd mellan dessa.

Arbetsklädernas ärmar ska vara så korta att de slutar ovanför armbågen.

Arbetskläderna ska bytas dagligen. Om de blir förorenade eller om det annars finns behov av det, ska de bytas så snart som möjligt.

- b) Om kläderna riskerar att komma i kontakt med kroppsvätskor eller annat biologiskt material under ett vård- eller omsorgsmoment, ska plastförkläde, skyddsrock eller motsvarande skyddskläder användas utanpå arbetskläderna.

Om skyddskläder används vid vård av eller omsorg om flera personer efter varandra, ska de bytas mellan varje person.

- c) Underarmar och händer ska hållas fria från armbandsur, smycken, bandage, förband, stödskenor eller motsvarande. Naglarna ska vara korta och fria från konstgjorda material.
- d) Händerna ska desinfekteras med ett alkoholbaserat handdesinfektionsmedel, eller något annat medel med motsvarande effekt, omedelbart före och efter ett vård- eller omsorgsmoment. Händerna ska vara torra innan de desinfekteras.

Händerna ska tvättas med vatten och flytande tvål före desinfektion, om de är eller kan antas vara smutsiga.

Efter vård av eller omsorg om en person som kräks eller har diarré ska händerna alltid tvättas med vatten och flytande tvål före desinfektion.

- e) Skyddshandskar ska användas, om händerna riskerar att komma i kontakt med kroppsvätskor under ett vård- eller omsorgsmoment. Händerna ska vara torra när handskarna sätts på.

Skyddshandskar som används i vård och omsorg ska vara för engångsbruk och avsedda för ändamålet. De ska bytas mellan varje vård- eller omsorgsmoment.

[...]

Arbetsmiljöverkets föreskrifter

I Arbetsmiljöverkets föreskrifter om användning av personlig skyddsutrustning (AFS 2001:3) finns följande bestämmelser.

Tillämpningsområde och definitioner

1 § Med personlig skyddsutrustning avses i dessa föreskrifter varje utrustning som är avsedd att bäras eller hållas av en person till skydd mot en eller flera risker som skulle kunna hota dennes säkerhet eller hälsa under arbetet samt varje tillbehör, som är avsett att uppfylla detta mål.

Följande utrustningar är undantagna från föreskrifterna:

- a) Vanliga arbetskläder och uniformer, som inte är särskilt utformade för att skydda arbetstagarens säkerhet och hälsa.
- b) Utrustning som används för självförsvar eller i avskräckande syfte.
- c) Bärbar utrustning för att upptäcka och varna för risker och olägenheter.

[...]

Gemensamma skyddsåtgärder. Riskbedömning och val av utrustning

5 § [...]

Arbetsgivaren skall, innan personlig skyddsutrustning väljs, analysera och bedöma riskerna vid arbetet och vilka egenskaper utrustningen skall ha för att skydda mot dessa. Därvid skall hänsyn tas även till risker som utrustningen i sig kan orsaka. Bedömningen skall revideras när någon förändring inträffat som har betydelse för bedömningen.

Användning

6 § Personlig skyddsutrustning får användas endast om den

- a) är ändamålsenlig i förhållande till de risker den är avsedd för utan att den i sig leder till ökad risk,
- b) är anpassad till förhållandena på arbetsplatsen,
- c) är anpassad till aktuella arbetsställningar och arbetsrörelser,
- d) är anpassad till arbetstagarens hälsotillstånd samt
- e) passar bäraren efter nödvändig justering.

7 § Personlig skyddsutrustning skall vara avsedd för personligt bruk om det inte finns särskilda skäl för undantag. Om utrustningen används av mer än en person, skall åtgärder vidtas för att säkerställa att sådan användning inte skapar säkerhets-, hälso- eller hygienproblem för de olika användarna.

Personlig skyddsutrustning får endast användas för det ändamål för vilket den är avsedd.

Yrkanden

DO har yrkat att Folktandvården ska förpliktas att till A.N. betala diskrimineringsersättning med 100 000 kronor, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning (den 2 januari 2017) till dess betalning sker.

Folktandvården har bestritt yrkandet. Inget belopp har vitsordats. Däremot har sättet att beräkna ränta vitsordats som skäligt i och för sig.

DO har begärt att förhandsavgörande från EU-domstolen inhämtas, om Arbetsdomstolen skulle anse att Socialstyrelsens eller Arbetsmiljöverkets föreskrifter förbjuder användning av engångsärmar av religiösa skäl.

DO och Folktandvården har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

DO och Folktandvården har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

DO

Rättsliga grunder för käromålet

A.N. är kvinna och troende muslim. Av religiösa skäl bär hon slöja och skyler större delen av sin kropp, inklusive armarna. I sitt arbete som tandläkare använde hon engångsärmar för att skylla sina underarmar. Folktandvården har den 5 februari 2016 beslutat att förbjuda användningen av engångsärmar.

Folktandvården har genom beslutet om förbud mot att använda engångsärmar missgynnat A.N. genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna muslimska kvinnor som av religiösa skäl skyler sina armar. Det vitsordas att de föreskrifter från Socialstyrelsen som Folktandvården har grundat sitt beslut på har ett berättigat syfte. Förbudet mot engångsärmar är dock inte ett lämpligt, nödvändigt och proportionerligt medel för att uppnå det aktuella syftet i den del det förbjuder användning av engångsärmar i de situationer där skyddshandskar ska användas enligt 5 § i Socialstyrelsens föreskrifter om basal hygien i vård och omsorg (SOSFS 2015:10).

Folktandvården har således utsatt A.N. för indirekt diskriminering i strid med 2 kap. 1 § jämfört med 1 kap. 4 § 2 diskrimineringslagen. Folktandvården ska därför enligt 5 kap. 1 § diskrimineringslagen förpliktas att

betala henne diskrimineringsersättning för den kränkning som diskrimineringen har inneburit.

Sakomständigheter

A.N. började arbeta som tandläkare hos Folktandvården 2006. Hon började 2010 arbeta på Folktandvårdens klinik i Viksjö.

A.N:s användning av engångsärmar har tidigare varit sanktionerad av klinikchefen efter att användningen kontrollerats och godkänts av en representant från Folktandvårdens lokala hygienkommitté. Den 5 februari 2016 fattade Folktandvårdens vd ett beslut som innebär att användning av engångsärmar inte längre är tillåtet. Syftet med beslutet var följsamhet till Socialstyrelsens föreskrifter SOSFS 2015:10 om att arbetskläderna ska vara kortärmade i allt behandlingsarbete, som hade trätt i kraft den 1 januari samma år.

Den 10 februari 2016 kallades A.N. till ett möte med klinikchefen, områdeschefen och personalchefen. På mötet informerades hon om att hon inte längre tilläts arbeta med engångsärmar. Hon fick även reda på att hon skulle sägas upp från sin anställning om hon inte följde förbudet. Om hon inte kunde följa de nya rutinerna, rekommenderades hon att säga upp sig själv.

Folktandvårdens besked om att A.N. förbjöds att arbeta med engångsärmar medförde att hon drabbades av en stressreaktion och den 16 februari 2016 blev hon därför sjukskriven. Under sjukskrivningen meddelade hon Folktandvården att hon avsåg att komma tillbaka till arbetet och rätta sig efter förbudet. När hon i april 2016 skulle börja arbeta förmådde hon dock inte återgå i arbete, utan sade i stället upp sin anställning.

A.N. har arbetat i team på kliniken i Viksjö. Hon har arbetat med dörren till behandlingsrummet öppen. Om situationen så kräver, kan A.N. visa sina armar för manliga patienter och kollegor, t.ex. när hon svarar på frågor från en patient eller när hon eller en kollega behöver diskutera ett ärende under en pågående behandling. A.N. har alltså inte begärt att Folktandvården ska säkerställa att hon aldrig någonsin ska behöva visa sina armar för män som inte tillhör den närmaste familjen. Det hon begärt är att hon ska få bära engångsärmar i samband med patientnära vård för att minimera de tillfällen då hennes armar exponeras.

Det är riktigt att Folktandvården har rutiner som innebär att underarmarna ska desinfekteras före behandlingen av en patient och att underarmarna ska vara bara vid behandlingen och att dessa rutiner har tillämpats konsekvent, dock att engångsärmar tidigare tillåts. När engångsärmar har burits, har A.N. bytt dessa i behandlingsrummet samtidigt med att skyddshandskarna bytts.

Förbudet är missgynnande för muslimska kvinnor som skyler sin kropp

A.N. missgynnas särskilt av förbudet mot engångsärmar, eftersom hon tillhör den grupp muslimska kvinnor vars trosinriktning innebär att kvinnor av religiösa skäl ska bära slöja som skyler armarna. Att ett stort antal muslimska kvinnor av religiösa skäl använder slöja för att skylla sin kropp, inklusive armarna, är allmänt känt.

Alltsedan EU-domstolens dom i mål C-237/94, O'Flynn, EU:C:1996:206, är det inom EU-rätten klarlagt att det i mål om indirekt diskriminering räcker att kåranden kan peka på att det förekommer en risk för att en viss grupp drabbas. Avgörandet föranledde en omformulering av begreppet indirekt diskriminering i likabehandlingsdirektiven 2000/43/EG och 2000/78/EG. Denna ändring återspeglas inte i den svenska språkversionen. Att regeringen i förarbetena till diskrimineringslagen inte uppmärksammat skälet till omformuleringen i detta hänseende är olyckligt (prop. 2007/08:95 s. 103 f.), men ska inte påverka en EU-rättskonform tolkning av diskrimineringslagen. Detta innebär att Arbetsdomstolen i sin bedömning inte behöver se till någon jämförelsegrupp, och andelen missgynnade i denna grupp, på det sätt som Folktandvården beskriver, och att DO inte behöver visa någon statistik till stöd för sitt påstående om att Folktandvårdens beslut typiskt sett drabbar gruppen muslimska kvinnor som skyler sin kropp med slöja.

Förbudet är varken lämpligt eller nödvändigt

Det finns inget vetenskapligt stöd för att användningen av icke-sterila engångsärmar i plast i riskhänseende skiljer sig från användningen av de icke-sterila skyddshandskar för engångsbruk som används i tandvården.

Den risk som kan finnas om man tillåter användning av engångsärmar är under alla omständigheter försumbar. Eftersom användningen av engångsärmar inte kan medföra annat än en högst försumbar risk, åsidosätts inte kravet på en likvärdig vård om användningen tillåts.

Det kan inte vitsordas att bara desinfekterade underarmar är renare eller bättre för patientsäkerheten än engångsärmar.

Folktandvårdens förbud mot att använda engångsärmar i de situationer där skyddshandskar ska användas enligt 5 § i SOSFS 2015:10 är varken lämpligt eller nödvändigt och kan komma att särskilt missgynna muslimska kvinnor som i likhet med A.N. av religiösa skäl skyler sina underarmar. I ljuset av de svåra konsekvenserna förbudet får för den enskilde är förbudet också oproportionerligt i strikt bemärkelse.

Socialstyrelsens och Arbetsmiljöverkets föreskrifter

Den 1 januari 2016 ersattes Socialstyrelsens föreskrifter SOSFS 2007:19 av SOSFS 2015:10. Folktandvården fann att de nya föreskrifterna är mer uttömmande avseende arbetskläder, att det förtydligats att underarmarna ska

hållas fria och att det inte är tillåtet med förband eller smycken. Folk tandvården tolkade de nya föreskrifterna så att det enligt dessa är förbjudet att använda engångsärmar.

Folk tandvårdens tolkning av de nya föreskrifterna är felaktig. Föreskriften om kortärmade arbetskläder utesluter inte användningen av skyddskläder av engångskaraktär som täcker armarna. Engångsärmar byts mellan varje patient och kan inte jämföras med exempelvis förband eller smycken på det sätt som Folk tandvården har gjort.

Arbetsmiljöverkets föreskrifter förbjuder inte användning av engångsärmar av religiösa skäl. Engångsärmar är skyddsplagg som skyddar armarna mot förorening. När de används av religiösa skäl i de situationer där skyddshandskar ska användas enligt 5 § i SOSFS 2015:10, skyddar de armarna mot förorening och används därmed för avsett ändamål. Bestämmelsen i 7 § andra stycket Arbetsmiljöverkets föreskrifter om användning av personlig skyddsutrustning (AFS 2001:3) genomför artikel 4.9 i Rådets direktiv 89/656/EEG av den 30 november 1989 om minimikrav för säkerhet och hälsa vid arbetstagares användning av personlig skyddsutrustning på arbetsplatsen (tredje särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG).

Det har i och för sig ingen betydelse för frågan om indirekt diskriminering om Socialstyrelsens eller Arbetsmiljöverkets föreskrifter innebär ett förbud mot att använda engångsärmar. Förbudet mot indirekt diskriminering följer nämligen ytterst av EU-rätten och gäller därför även när det är tillämpningen av nationella myndighetsföreskrifter som innebär indirekt diskriminering. Detta framgår av EU-domstolens domar i målen C-267/99, Adam, EU:C:2001:534, och C-285/02, Elsner-Lakeberg, EU:C:2004:320.

Folk tandvården

Rättsliga grunder för bestridandet

Folk tandvårdens beslut att inte tillåta engångsärmar har inte inneburit en indirekt diskriminering av A.N.. Folk tandvården är därför inte skyldig att betala henne diskrimineringsersättning.

Socialstyrelsens föreskrifter SOSFS 2015:10, som Folk tandvården inte kan göra avsteg från, innebär att det inte är tillåtet att använda engångsärmar vid patientnära vård. Folk tandvårdens beslut att förbjuda användningen av engångsärmar, som avsett enbart den patientnära vården, har utgjort en åtgärd i syfte att säkerställa att verksamheten följer lagar och föreskrifter på hälso- och sjukvårdsområdet i enlighet med Socialstyrelsens föreskrifter om ledningssystem för systematiskt kvalitetsarbete (SOSFS 2011:9). Folk tandvården har genom beslutet tillämpat SOSFS 2015:10 på ett korrekt sätt och har inte rättsliga förutsättningar att göra avsteg från kraven i dessa. Folk tandvårdens tillämpning av SOSFS 2015:10 omfattas inte av förbudet mot indirekt diskriminering i diskrimineringslagen. Folk tandvården har redan därför inte brutit mot diskrimineringslagen.

För det fall Arbetsdomstolen skulle finna att Folktandvårdens tillämpning av SOSFS 2015:10 inte är undantagen från förbudet mot indirekt diskriminering i diskrimineringslagen, görs i andra hand gällande följande.

Något missgynnande i diskrimineringslagens mening har inte skett. Folktandvårdens tillämpning av SOSFS 2015:10 genom beslutet innebär inte någon indirekt diskriminering enligt 1 kap. 4 § 2 diskrimineringslagen, eftersom all personal, som omfattas av SOSFS 2015:10, med samma begränsning som A.N. skulle behandlats på samma sätt oavsett religiös tillhörighet. Folktandvårdens beslut missgynnar inte särskilt muslimska kvinnor. Det ifrågasätts dock inte att det finns en grupp muslimska kvinnor som av religiösa skäl skyler sin kropp, inklusive armarna, och att A.N. tillhör denna grupp.

Socialstyrelsens föreskrifter SOSFS 2015:10, liksom Folktandvårdens tillämpning av dem genom beslutet, har berättigade syften främst ur ett patientsäkerhetsperspektiv för att hindra spridning av vårdrelaterade infektioner. Syftet är även att säkerställa en för verksamheten enhetlig tillämpning och efterlevnad av en kvalitetssäkrad rutin i det ledningssystem som utgör grunden för Folktandvårdens verksamhet och åligganden i egenskap av vårdgivare. Syftet är vidare att, utifrån verksamhetens krav på flexibla arbetssätt, möta och omhänderta det stora patientunderlaget på ett för verksamheten effektivt sätt utan att kompromissa med vårdhygien. Syftet är dessutom att uppfylla Folktandvårdens skyldighet att erbjuda likvärdig vård till alla patienter oavsett kön. Det finns nämligen inget legitimt skäl för att, genom att använda engångsarmar som inte är lika rena som desinfekterade bara underarmar, behandla manliga patienter sämre än kvinnliga ur ett patientsäkerhetsperspektiv. Det görs dock inte gällande att Folktandvårdens beslut är ett led i strävanden att främja jämställdhet mellan kvinnor och män enligt 2 kap. 2 § 2 diskrimineringslagen.

Folktandvårdens beslut har varit lämpligt och nödvändigt för att uppnå de berättigade syftena.

Folktandvården har i vart fall inte brutit mot 2 kap. 1 § jämfört med 1 kap. 4 § 2 diskrimineringslagen genom att förbjuda användningen av engångsarmar, eftersom engångsarmar inte utgör skyddskläder i Folktandvårdens verksamhet och användningen av dem inte kan motiveras av verksamhetens krav.

Folktandvården som vårdgivare ska säkerställa att verksamheten uppfyller kraven på god tandvård och god vårdhygienisk standard till skydd för patienter och personal samt, vad gäller arbetsmiljön för personalen, följa 2 kap. 7 § arbetsmiljölagen (1977:1160) och Arbetsmiljöverkets föreskrifter om användning av personlig skyddsutrustning (AFS 2001:3) och om mikrobiologiska arbetsmiljörisker (AFS 2005:1).

Användningen av engångsarmar står i strid med 5 § andra stycket, 6 § a och 7 § andra stycket i AFS 2001:3 och 13 § första och fjärde stycket i AFS 2005:1. Vidare står användningen av engångsarmar i strid med god

hygienisk arbetsmiljöpraxis, vilket följer av 22 § i AFS 2005:1 i lydelse enligt AFS 2012:7.

Att förbjuda användningen av engångsärmar har ett berättigat syfte, dvs. att inte införa en från arbetsmiljösynpunkt onödig skyddsutrustning. Åtgärden är, tillsammans med Folktandvårdens tillämpning av SOSFS 2015:10, lämplig och nödvändig för att uppnå det syftet.

Sakomständigheter

Folktandvårdens åtagande förutsätter ett omhändertagande av alla listade och akuta patienter, inklusive asylsökande och papperslösa barn och vuxna. På senare år har antalet patienter som söker sig till Folktandvården ökat till följd av det ökade antalet människor som sökt asyl i Sverige. Patienternas vårdbehov varierar i hög grad. För att kunna fullgöra sitt åtagande delar Folktandvården in patientunderlaget i riskgrupper utifrån förväntat vårdbehov. Vårdprocessen och arbetssättet på klinikerna anpassas till respektive patientgrupp. Patienter med låg risk bokas företrädesvis in i passverksamhet som bygger på att tandläkare, tandsköterskor och tandhygienister arbetar tillsammans. Tandläkaren rör sig under passverksamheten mellan två rum där behandling pågår. På så sätt tillvaratas den samlade kompetensen i teamet, tillförsäkras en god genomströmning av patienter och frigörs tid för patienter med större behandlingsbehov.

Folktandvårdens klinik i Viksjö delar områdesansvaret för Järfälla kommun med Folktandvårdens klinik i Jakobsberg. Områdesansvaret innebär bl.a. en förpliktelse att ha beredskap för akuta patienter mellan kl. 08.00 och kl. 17.00. Kliniken i Viksjö tar emot cirka 7 000 personer om året, varav omkring hälften är barn. Cirka 30 procent av patientunderlaget behandlas i passverksamhet, som schemaläggs vid flera tillfällen varje vecka. Vid kliniken i Viksjö arbetar sex tandläkare, nio tandsköterskor och fyra tandhygienister. En klinikchef, understödd av en arbetsledare, har klinikansvaret.

A.N. har arbetat inom Folktandvården sedan 2006, med sin huvudsakliga placering vid kliniken i Viksjö.

När C.E.L. tillträdde som klinikchef vid Folktandvården i Viksjö 2012 uppdagades det att A.N. arbetade med långärmad tröja under den kortärmade bussarongen i strid med gällande hygienrutiner. Trots tillrättavisningar från arbetsledningen fortsatte A.N. att använda den långärmade tröjan. För att försöka lösa situationen för A.N., som meddelade arbetsledningen att hon upplevde obehag i situationer där hon behövde visa bara underarmar för män som inte tillhörde den närmaste familjen, beställdes engångsärmar för att pröva i det patientnära arbetet. A.N. fick arbeta i eget rum med egen assisterande tandsköterska. Engångsärmarna skulle användas som komplement till skyddshandskarna.

För att försäkra sig om att A.N. vid den patientnära vården kunde använda engångsärmar och samtidigt leva upp till kraven på god hygien

auskultades hon under två halvdagar av en arbetsledare från Folktandvårdens lokala hygienkommitté. Under auskultationen arbetade A.N. i ett eget mottagningsrum med assistans av en tandsköterska som hämtade patienter och redskap. A.N. lämnade under auskultationen inte behandlingsrummet och var under hela tiden iklädd engångsarmar inför patienten. Arbetsledaren återrapporterade till Folktandvården att A.N:s arbete i engångsarmar, utifrån förutsättningarna, inte stod i strid med Socialstyrelsens då gällande föreskrifter, SOSFS 2007:19.

Den 1 januari 2016 trädde Socialstyrelsens nya föreskrifter, SOSFS 2015:10, i kraft. Föreskrifterna innehåller förtydliganden i förhållande till de äldre föreskrifterna genom att det föreskrivs att arbetskläderna ska sluta ovanför armbågen och att hand- och underarmar ska hållas fria från armbandsur, smycken, bandage, förband, stödskenor eller motsvarande. Förtydligandena innebar att Folktandvården, för att leva upp till kraven om basal hygien enligt SOSFS 2015:10, inte längre kunde tillåta användningen av engångsarmar. Folktandvårdens vd fattade därför den 5 februari 2016 beslut om att arbetskläderna ska vara kortärmade i allt behandlingsarbete och att användande av engångsarmar inte är tillåtet.

Vid ett möte på kliniken i Viksjö den 10 februari 2016 meddelade personalchefen och områdeschefen A.N. att hon inte längre fick använda engångsarmar. Eftersom beslutet att förbjuda användningen av engångsarmar gällde omedelbart omfördelades, såsom en tillfällig lösning, A.N:s manliga patienter till klinikchefen. A.N. blev kort tid efter beslutet sjukskriven. A.N. valde senare att avsluta sin anställning hos Folktandvården.

Folktandvården har erbjudit A.N. att använda långa handskar, något hon emellertid avvisat som otillräckligt för att skylla underarmarna.

Det ifrågasätts inte att det är A.N:s religiösa trosuppfattning som gör att hon anser att hon inför män behöver skylla armarna med engångsarmar. Folktandvården har dock uppfattat att hennes begränsningar i detta avseende är större än som nu påstås i det att A.N. inte alls kan visa sina armar inför främmande män. Hon har exempelvis aldrig tagit av eller bytt engångsarmar inför en manlig patient.

Socialstyrelsens föreskrifter och landstingets hygienrutin

Folktandvården bedriver sådan tandvård som omfattas av tandvårdslagen och patientsäkerhetslagen (2010:659). Enligt 3 § tandvårdslagen ska tandvården bedrivas så att den uppfyller kravet på en god tandvård, vilket bl.a. innebär att den ska vara av god kvalitet med en god hygienisk standard och lägga särskild vikt vid förebyggande åtgärder. Det är enligt 2 § patientsäkerhetslagen vårdgivarens ansvar att vidta de åtgärder som behövs för att förebygga att patienter drabbas av vårdskador.

Folktandvården är skyldig att i sin verksamhet med tandvård följa Socialstyrelsens föreskrifter. Folktandvårdens beslut att förbjuda användningen av engångsarmar är en tillämpning av SOSFS 2015:10.

Socialstyrelsens föreskrifter SOSFS 2015:10 innebär ett förtydligande av de regler som sedan tidigare gällt i hälso- och sjukvården om basala hygienregler i vård och omsorg. I 4 § i föreskrifterna har det införts en hänvisning till Socialstyrelsens föreskrifter SOSFS 2011:9 om ledningssystem för systematiskt kvalitetsarbete. Ett ledningssystem för systematisk kvalitetsarbete innebär att verksamheten har rutiner och processer som säkrar verksamhetens kvalitet i utförandet. Vårdgivaren ska fortlöpande bedöma riskerna i verksamheten, genomföra egenkontroll för att säkerställa att gällande processer och rutiner följs samt utreda avvikelser och vidta förbättrande åtgärder. Som utgångspunkt för god vård och god hygienisk standard gäller att inget som inte är till nytta för vare sig patienten eller personalen ska läggas till i en hygienrutin oavsett hur liten den ökade risken för smittspridning är. Ju fler moment som läggs till i en hygienrutin, desto större är risken för att rutinen inte efterlevs. Även sådana moment i en rutin som inte enskilt leder till en mätbar och signifikant sänkning av antalet infektioner är betydelsefulla för det sammantagna resultatet.

Genom basala hygienrutiner och klädregler har SOSFS 2015:10 genomförts i Folktandvårdens verksamhet som en del av Folktandvårdens ledningssystem för systematiskt kvalitetsarbete. Liksom övriga rutiner och riktlinjer i ledningssystemet finns hygienrutinerna och klädreglerna tillgängliga på intranätet och går igenom när arbetstagare introduceras i arbetet vid Folktandvården.

Folktandvården har för sin offentligt finansierade verksamhet tecknat avtal med landstingets hälso- och sjukvårdsförvaltning om allmän barn- och ungdomstandvård i länet. Genom avtalet har Folktandvården förpliktat sig att följa vid var tid gällande konventioner, lagar, förordningar, föreskrifter och landstingets riktlinjer och policys. Av landstingets basala hygienrutiner i vård och omsorg, fastställda den 15 april 2016, framgår att förutsättningarna för att uppnå syftet med basala hygienrutiner är bl.a. att personalens underarmar och händer hålls fria från armbandsur, smycken, bandage, förband, stödskenor eller motsvarande och att personalens arbetskläder har korta ärmar som slutar ovanför armbågen. Vidare framgår av hygienrutinerna att personalen vid handdesinfektion ska använda alkoholbaserat handdesinfektionsmedel bl.a. cirka 15 cm upp på underarmarna. Folktandvården är således i utförandet av sitt uppdrag bunden av såväl Socialstyrelsens föreskrifter som landstingets hygienrutin.

I Folktandvårdens basala hygienrutiner och klädregler har det förtydligats vad som är patientnära arbete enligt följande: "Patientnära vårdarbete är arbete i rum där patienter undersöks, behandlas eller vårdas". Där framgår också att långärmade arbetskläder inte får bäras eller förvaras i behandlingsrum.

I förarbetena till diskrimineringslagen (prop. 2007/08:95 s. 490) anförs följande.

Den s.k. lagprövningsrätten för offentliga organ är fastlagd i 11 kap. 14 § regeringsformen (RF). Ordet ”bestämmelse” i definitionen av indirekt diskriminering innefattar inte föreskrifter som avses 8 kap. RF, dvs. lagar, förordningar och myndighetsföreskrifter (jfr prop. 2005/06:38 s. 143 f.).

Av hänvisningen till prop. 2005/06:38 framgår att begreppet ”bestämmelse” i detta sammanhang tar sikte på interna regler hos arbetsgivaren och inte t.ex. myndighetsföreskrifter.

Renhetskrav och skyddskläder inom vården

Föremål och utrustning inom vård och tandvård har tre renhetsgrader som beskriver deras grad av mikrobiologisk kontamination. Dessa är *ren*, dvs. för ögat synligt ren, *höggradigt ren/desinfekterad*, och *steril*.

De arbetskläder som används inom hälso- och sjukvården samt tandvården är byxa och kortärmad bussarong som slutar ovanför armbågen för att inte riskera att komma i kontakt med patienten. Arbetskläderna är rena men kan vid patientnära vård kontamineras under arbetsdagen. För att hålla arbetskläderna rena till nästa patient ska personalen därför bära skyddsförkläde av plast.

Den personliga skyddsutrustning som av Folktandvården bedömts erforderlig till skydd för personalen utgörs i det patientnära arbetet av skyddshandskar, i syfte att förhindra stick- och skärskador, munskydd, skyddsglasögon alternativt visir samt skyddsförkläde.

När engångsärmar används i syfte att skylla underarmarna utgör dessa otillåtna förlängningar av den kortärmade arbetsklädseln.

Desinfekterade händer och underarmar är höggradigt rena. Skyddshandskar har en bevisat lägre renhetsgrad, ren, och är ett sämre alternativ för patienten. Sterila instrument och skyddskläder används inom tandvården bara vid operativa ingrepp. Skyddshandskar ska användas om händerna riskerar att komma i kontakt med kroppsvätskor under ett vård- eller omsorgsmoment. Skyddshandskarna ska bytas mellan varje vård- och omsorgsmoment.

Användningen av engångsärmar inom allmänsjukvården är mycket begränsad. Huvudregeln i all vård är att patienten ska mötas med desinfekterade bara händer och underarmar. Händerna och underarmarna måste vara fria från främmande material för att försäkra en fullgod desinfektion och för att bevara en god desinfektion under behandlingen.

Inom tandvården används skyddshandskar bara vid arbete i patientens mun dels som personlig skyddsutrustning för att undvika att tandvårdspersonalen utsätts för stick- eller sårskador, dels för att skydda efterföljande patient då kroppsvätska såsom saliv eller blod är svår att desinfektera bort från

händerna. Skyddshandskar är ett sämre alternativ för patienten än desinfekterade bara händer. Arbete utanför munhålan, t.ex. palpation av ansiktsmuskulatur och käkleder, röntgenbildtagning, tillblandning av material, förberedande arbete inför undersökning, såsom hälsodeklaration och instruktioner till patienten, ska ske utan skyddshandskar.

Desinfektion av händer och underarmar samt påsättning av skyddshandskar ska ske i behandlingsrummet. Skyddshandskar och skyddskläder får endast användas i behandlingsrummet. När arbetet i patientens mun är klart ska skyddshandskarna och annan engångsutrustning, såsom skyddsförkläden i plast, tas av och kastas i sopbehållare som finns under arbetsbänkarna. Nya skyddshandskar förvaras i kartonger i behandlingsrummet. Tandvårdspersonal får inte vistas med engångsutrustning, såsom skyddshandskar och skyddsförkläden, i korridorerna eller i förrummen till behandlingsrummen.

Engångsärmar har samma renhetsgrad som skyddshandskar, dvs. ren. Att sätta en engångsärm på en desinfekterad högradigt ren underarm sänker renhetsgraden utan att tillföra något ytterligare ur patientsäkerhetsperspektiv eller från arbetsmiljösynpunkt. Mikrobiologisk agens kan förorena engångsärmen och därmed innebära ökad risk för förorening av arbetskläderna och rena ytor i behandlingsrummet. Det finns risk för smittspridning varje gång skyddskläder tas på eller av. Att ta på sig ett ytterligare skyddsplagg, såsom engångsärmar, ökar denna risk.

Om en tandläkare inte i behandlingsrummet inför en manlig patient kan desinfektera sina bara händer och underarmar och sätta på engångsärmar och skyddshandskar, måste tandläkaren redan ha gjort det när han eller hon kommer in i behandlingsrummet. Om tandläkaren under behandlingen skulle behöva hämta något redskap som finns utanför behandlingsrummet, måste han eller hon först ta av sig skyddskläderna i behandlingsrummet inför patienten.

Personlig skyddsutrustning enligt arbetsmiljölagstiftningen

Engångsärmar är personlig skyddsutrustning av engångstyp. A.N:s önskan om att använda engångsärmar motiverats inte av verksamhetens krav och behov. Syftet med den önskade användningen är att skyla underarmarna. A.N:s användning av engångsärmar kan inte motiveras av arbetsmiljöskäl. Engångsärmar tillför inte heller något av nytta för patienten.

Av 2 kap. 7 § arbetsmiljölagen (1977:1160) och Arbetsmiljöverkets föreskrifter om användning av personlig skyddsutrustning (AFS 2001:3) framgår att personlig skyddsutrustning endast får användas om det är ändamålsenligt i förhållande till de risker den är avsedd för utan att den i sig leder till ökad risk (6 § a i föreskrifterna). Användning av engångsärmar i Folk tandvårdens verksamhet behövs inte av arbetsmiljöhänsyn. Användningen skulle utgöra ett onödigt tillägg till en hygienrutin som riskerar att negativt påverka följsamheten till rutinen och därmed vara ett dåligt alternativ för patienten.

Personlig skyddsutrustning får vidare användas endast för det ändamål för vilket den är avsedd (7 § andra stycket i föreskrifterna). DO har inte anfört annat skäl för användningen av engångsärmar än att A.N. av religiösa skäl behöver skylla sina underärmar inför män.

Förbudet är inte missgynnande

Folktandvårdens tillämpning av SOSFS 2015:10 genom beslutet missgynnar inte särskilt muslimska kvinnor. Den grupp muslimska kvinnor som inte kan visa underarmarna på grund av sin muslimska tro är nämligen så liten i förhållande till hela jämförelsegruppen muslimska kvinnor att det inte kan ha förekommit någon indirekt diskriminering i strid med diskrimineringslagen.

Av Folktandvårdens cirka 2 000 anställda har cirka 35 procent annan etnicitet än svensk. A.N. var den enda av Folktandvårdens medarbetare som arbetade med engångsärmar vid all patientnära vård av manliga patienter.

För att avgöra om ett krav särskilt kan komma att missgynna personer ur en viss grupp, måste en jämförelse göras mellan den grupp som en person tillhör och någon annan grupp. Jämförelsen ska ta sikte på den andel av de som kan, eller inte kan, uppfylla kravet i de grupper som jämförs. Om jämförelsen visar en betydande skillnad i de båda gruppernas möjligheter att typiskt sett uppfylla kravet, talar detta för att det är fråga om indirekt diskriminering. Skillnaden mellan de som kan respektive inte kan uppfylla kravet i de grupper som jämförs bör vara betydande för att någon ur en grupp ska anses ha missgynnats genom det uppställda kravet.

Förbudet är både lämpligt och nödvändigt

Förbudet mot att använda engångsärmar är både lämpligt och nödvändigt för att kunna uppfylla kraven i SOSFS 2015:10 och SOSFS 2011:9. Folktandvården ansvarar för att dessa föreskrifter efterlevs vid länets alla kliniker utifrån de krav som ställs på verksamheten ur ett patientsäkerhets- och verksamhetsperspektiv. Syftet med föreskrifterna kan inte uppnås på ett mindre ingripande sätt än genom en enhetlig tillämpning av dessa, inklusive förbudet mot att använda engångsärmar, för samtliga arbetssätt och för samtlig personal inom tandvården. All personal måste kunna desinfektera händerna och underarmarna och ta på och av sig skyddskläder i behandlingsrummet.

Utredningen

Målet har avgjorts efter huvudförhandling. På DO:s begäran har förhör under sanningsförsäkran hållits med tandläkaren A.N. och vittnesförhör med den sakkunnige mikrobiologen I.B.. På Folktandvårdens begäran har förhör under sanningsförsäkran hållits med Folktandvårdens verkställande direktör E.L., vittnesförhör med sakkunniga smittskyddsläkaren E.M. och sakkunnige sektionschefen vid Akademiska Sjukhuset i Uppsala P.L. samt

vittnesförhör med Folktandvårdens personalchef E.W., tandvårdsstrategen L.G. och Folktandvårdens klinikchef i Västerhaninge F.M..

Parterna har åberopat skriftlig bevisning.

Domskäl

Inledning

Enligt 2 kap. 1 § första stycket diskrimineringslagen får en arbetsgivare inte diskriminera den som är arbetstagare hos arbetsgivaren. En form av diskriminering som avses med förbudet är enligt 1 kap. 4 § 2 diskrimineringslagen indirekt diskriminering. Med indirekt diskriminering avses att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med bl.a. viss religion eller annan trosuppfattning, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om den som anser sig ha blivit diskriminerad visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad, är det enligt 6 kap. 3 § diskrimineringslagen svaranden som ska visa att diskriminering inte har förekommit. Den som bryter mot förbudet mot diskriminering ska enligt 5 kap. 1 § diskrimineringslagen betala diskrimineringsersättning för den kränkning som överträdelsen innebär. Dessa delar av diskrimineringslagen genomför EU-direktiv.

DO kräver att Folktandvården ska betala A.N. diskrimineringsersättning. A.N. har i sin anställning som tandläkare hos Folktandvården använt engångsärmar i det patientnära vårdarbetet för att av religiösa skäl skyla sina underarmar inför män. Folktandvården har beslutat att det inte längre är tillåtet att använda engångsärmar i det patientnära vårdarbetet. Enligt DO har Folktandvården genom beslutet gjort sig skyldig till indirekt diskriminering av A.N., vilket Folktandvården bestritt på flera grunder. En grund för bestridandet är att beslutet syftat till att bibehålla patientsäkerheten och att förbudet varit ett lämpligt och nödvändigt medel för att uppnå detta berättigade syfte. Parterna är överens om att det är ett berättigat syfte att bibehålla patientsäkerheten. DO anser dock att förbudet inte är ett lämpligt, nödvändigt och proportionerligt medel för att uppnå det syftet i den del förbudet avser användning av engångsärmar i de situationer där skyddshandskar ska användas enligt 5 § i Socialstyrelsens föreskrifter om basal hygien i vård och omsorg (SOSFS 2015:10), dvs. i de fall händerna riskerar att komma i kontakt med kroppsvätskor under ett vård- eller omsorgsmoment.

Arbetsdomstolen väljer att börja med att pröva om Folktandvården har visat att förbudet mot engångsärmar när skyddshandskar ska användas varit ett lämpligt och nödvändigt medel för att bibehålla patientsäkerheten. Skulle så vara fallet, står det nämligen klart att det inte kan ha förekommit indirekt diskriminering och att A.N. inte har rätt till diskrimineringsersättning.

Prövningen av om Folktandvården har visat att förbudet mot engångsärmar när skyddshandskar ska användas varit ett lämpligt och nödvändigt medel för att bibehålla patientsäkerheten ska innefatta en intresseavvägning, eller proportionalitetsbedömning (prop. 2008/09:95 s. 491 f.). Vid denna intresseavvägning utgår Arbetsdomstolen – utan att pröva frågan – från att det förbudet medför att muslimska kvinnor som av religiösa skäl skyler sina armar inför män utesluts från arbete som tandläkare i patientnära vårdarbete hos Folktandvården.

Har Folktandvården visat att förbudet mot engångsärmar när skyddshandskar ska användas varit ett lämpligt och nödvändigt medel för att bibehålla patientsäkerheten?

Vad utredningen visar

Utredningen visar följande. Folktandvården har, på grund av författning, fastställt basala hygienrutiner och klädregler (hygienrutinen). Att hygienrutinen är basal innebär att den utgör den lägsta hygiennivån i Folktandvårdens vårdverksamhet som omfattar ungefär 1,4 miljoner patientbesök per år. Hygienrutinen, som inte tillåter användning av engångsärmar, är enhetlig och ska följas av alla. Hygienrutinen utgår från att alla patienter kan vara smittbärare och syftar till att hindra smittspridning och vårdskador. En överförd smitta kan leda till sjukdom och till och med dödsfall. Vid utarbetande av hygienrutiner strävar man efter att bara ta med sådana moment och sådan klädsel som, enligt vetenskap eller beprövad erfarenhet, skyddar patientens eller personalens hälsa. Enligt Folktandvårdens sakkunniga finns det vetenskapliga studier som visar att varje ytterligare moment i en hygienrutin ökar risken för bristande följsamhet. Följsamhetsmätningar har visat att det är svårast att uppnå följsamhet när det gäller desinfektion av händer och underarmar, ett moment som i tandvården förekommer ofta och som anses vara bland de allra viktigaste för att förhindra smittspridning. Det finns inga vetenskapliga studier som visar om användning av engångsärmar leder till ökad eller minskad risk för smittspridning. En korrekt desinficerad underarm är renare, har färre mikroorganismer, än en oanvänd skyddshandske. Renheten hos en oanvänd engångsärm kan jämföras med renheten hos en oanvänd skyddshandske. I det arbete A.N. utförde behövdes inte engångsärmar eller liknande för att skydda armarna från stark nedsmutsning eller kroppsvätskor.

Var förbudet lämpligt?

Enligt Arbetsdomstolens mening framstår det som lämpligt för att förhindra smittspridning att ha en enhetlig hygienrutin som alla ska följa och att i den bara ta med sådant som, enligt vetenskap eller beprövad erfarenhet, skyddar patientens eller personalens hälsa. DO:s sakkunniga har inte motsagt detta. Förbudet mot engångsärmar har föregåtts av särskild utredning och analys av riskerna för smittspridning som även beaktat de religiösa skälen för att bära engångsärmar. Förbudet framstår således inte som godtyckligt utan övervägt.

DO har argumenterat för att förbudet mot engångsärmar när skyddshandskar ska användas inte är lämpligt, eftersom det är inkonsekvent att kräva att underarmarna ska vara renare än händerna med skyddshandskar på som i tandvård befinner sig närmare patienten än underarmarna. Enligt DO blir det dessutom lättare att effektivt desinfektera underarmarna om de varit täckta av engångsärmar och därför inte kunnat komma i kontakt med luftburna kroppsvätskor.

Arbetsdomstolen kan inte hålla med om att det är inkonsekvent att förbjuda engångsärmar när skyddshandskar påbjuds. I det arbete A.N. utförde behövs nämligen skyddshandskar, men inte engångsärmar eller liknande, för personalens hälsa och säkerhet. Dessutom behövs skyddshandskar, men inte engångsärmar, när händerna, men inte underarmarna, kommer i direkt kontakt med kroppsvätskor i en patients mun för att skydda efterföljande patienters hälsa. Det är nämligen lättare att vid handdesinfektion få bort mikroorganismer från den första patientens kroppsvätskor om händerna varit täckta av skyddshandskar. Det har inte framkommit att det i det arbete A.N. utförde skulle vara svårt att vid handdesinfektion rengöra underarmarna om de varit bara och kommit i kontakt med luftburna kroppsvätskor, dvs. att engångsärmar behövs för patienters hälsa.

Arbetsdomstolens slutsats är således att förbudet mot engångsärmar när skyddshandskar ska användas varit lämpligt för att bibehålla patientsäkerheten.

Var förbudet nödvändigt?

Den risk som förbudet mot engångsärmar när skyddshandskar ska användas syftar till att undanröja är att människor blir sjuka eller dör till följd av smittspridning. Det är således fråga om att motverka risker av mycket allvarlig art. Det finns som nämnts inga vetenskapliga studier som visar om användning av engångsärmar leder till ökad eller minskad risk för smittspridning. Däremot är det som nämnts visat att en korrekt desinficerad underarm är renare, har färre mikroorganismer som kan utgöra eller bära smitta, än en oanvänd skyddshandske, som en engångsärm kan jämföras med i fråga om renhet. DO:s sakkunnige har också redogjort för studier som indikerar att det blir fler mikroorganismer på skyddshandskar ju flera skyddshandskar man använt från en och samma förpackning. Det är, som också nämnts, visat att varje ytterligare moment i en hygienrutin ökar risken för bristande följsamhet, vilket i sin tur ökar risken för smittspridning. Arbetsdomstolen finner det genom utredningen också visat att avtagande av använda engångsärmar innebär en risk för att sprida mikroorganismer (från engångsärmen till annat material) som är större än om bara använda skyddshandskar tas av.

Läget är alltså det att det inte finns någon vetenskaplig studie som visar att användning av engångsärmar leder till ökad risk för smittspridning samtidigt som det är visat att användningen på olika konkreta sätt skulle kunna innebära en ökad risk för det. Avsaknaden av vetenskapliga bevis innebär

enligt Arbetsdomstolens mening inte att Folktandvården inte uppfyllt sin bevisbörda. Åtminstone när det gäller ett berättigat syfte som innefattar motverkande av risker av så allvarlig art som det är fråga om här kan det, enligt Arbetsdomstolens mening, inte krävas mer än att Folktandvården på det sätt som skett visat att användningen av engångsärmar på olika konkreta sätt skulle kunna innebära en ökad risk för smittspridning (jämför den s.k. försiktighetsprincipen som tillämpas på andra håll inom bl.a. EU-rätten). Med hänsyn till de potentiellt allvarliga konsekvenserna av smittspridning kan den ökade risken inte, som DO gör gällande, anses försumbar även om den får betraktas som liten.

Det har inte framkommit att det funnits någon mindre ingripande åtgärd för att bibehålla patientsäkerheten än den åtgärd som DO angripit – att förbjuda användning av engångsärmar när skyddshandskar ska användas. Risken för smittspridning på grund av användning av engångsärmar när skyddshandskar ska användas kan inte undanröjas på annat sätt än genom ett förbud mot sådan användning. De risker med användningen som visats kan inte undanröjas genom t.ex. information, utbildning och uppföljning av användningen utan är risker som visats finnas trots sådana åtgärder.

Att det, såvitt framkommit, inte spritts någon smitta på grund av A.N:s användning av engångsärmar och att det finns andra vårdgivare i Sverige och utomlands som tillåter användning av engångsärmar när skyddshandskar ska användas innebär inte i sig att förbudet inte är nödvändigt, i den mening som avses i diskrimineringslagen, för att bibehålla patientsäkerheten. Det är risken för smittspridning som kan göra förbudet nödvändigt i den mening som avses i diskrimineringslagen. Därför är det irrelevant att risken inte realiserats hittills vid A.N:s användning av engångsärmar. Om det krävdes att alla andra, eller de flesta, vårdgivare har noterat de risker med användning av engångsärmar när skyddshandskar ska användas som visats och gjort samma bedömning som Folktandvården samt förbjudit användningen, skulle det inte finnas något utrymme för förbättring av skyddet för viktiga och berättigade intressen när en s.k. diskrimineringsgrund är berörd. Så är uppenbarligen inte fallet enligt diskrimineringslagen.

Skyddet mot risker för människors hälsa och liv (i detta fall patientsäkerhet) väger, även om riskerna är små, tungt vid en intresseavvägning och gör många åtgärder med negativa verkningar för andra berättigade intressen proportionerliga; det som är livsviktigt är viktigare än mycket annat. I detta fall ska som nämnts intresset av det skyddet vägas mot att förbudet mot engångsärmar när skyddshandskar ska användas medför att muslimska kvinnor som av religiösa skäl skyler sina armar inför män utesluts från arbete som tandläkare i patientnära vårdarbete hos Folktandvården.

Det är Arbetsdomstolens bedömning att patientsäkerhetsintresset i detta fall väger över och gör förbudet proportionerligt. Med hänsyn till de potentiellt allvarliga följderna om den risk som motverkas realiserar gäller detta trots att förbudet kan antas få bara en mindre påverkan på risken. Arbetsdomstolen noterar också att redan de delar av Folktandvårdens beslut som DO

inte angripit – förbudet mot att använda engångsärmar i det patientnära arbetet i situationer där skyddshandskar inte behöver användas, t.ex. när tandläkaren måste känna på patientens hud eller lämna patienten råd – riskerar att medföra att åtminstone vissa muslimska kvinnor som av religiösa skäl skyler sina armar inför män utesluts från arbete som tandläkare i patientnära vårdarbete hos Folktandvården.

Arbetsdomstolen finner vidare, med beaktande av patientsäkerhetsintresset, att A.N. inte kan anses ha drabbats orimligt hårt av förbudet trots att det föranlett henne att avsluta sin anställning hos Folktandvården. A.N. har nämligen inte genom förbudet uteslutits från arbete som tandläkare i patientnära vårdarbete i Stockholm, eftersom hon, enligt vad hon själv berättat, efter anställningen hos Folktandvården arbetar som tandläkare i patientnära vårdarbete hos andra vårdgivare i Stockholm. Detsamma kan sägas om effekterna av förbudet för andra muslimska kvinnor som av religiösa skäl skyler sina armar inför män, även om det såvitt framkommit inte fanns någon sådan annan kvinna anställd hos Folktandvården när förbudet infördes.

Arbetsdomstolens slutsats är således att förbudet mot engångsärmar när skyddshandskar ska användas varit nödvändigt, i den mening som avses i diskrimineringslagen, för att bibehålla patientsäkerheten.

Arbetsdomstolens sammanfattande slutsatser

Folktandvården har inte genom att besluta om förbud mot engångsärmar när skyddshandskar ska användas diskriminerat A.N., när hon var arbetstagare hos Folktandvården, eftersom beslutet haft ett berättigat syfte – att bibehålla patientsäkerheten – och Folktandvården visat att förbudet mot engångsärmar när skyddshandskar ska användas varit lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet med beslutet. Folktandvården är därför inte skyldig att betala A.N. diskrimineringsersättning. DO:s talan ska alltså avslås.

Förhandsavgörande av EU-domstolen

DO har begärt att förhandsavgörande från EU-domstolen inhämtas bara för det fallet att Arbetsdomstolen skulle anse att Socialstyrelsens eller Arbetsmiljöverkets föreskrifter förbjuder användning av engångsärmar av religiösa skäl. Arbetsdomstolen har inte behövt ta ställning till detta för att avgöra målet. Därför behövs det inget beslut om DO:s begäran, som får anses besvarad med det sagda (jämför 1 § lagen [2006:502] med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol).

Rättegångskostnader

DO har förlorat och ska därför ersätta Folktandvårdens rättegångskostnader. DO har vitsordat det Folktandvården begärt för rättegångskostnader. Räntan på rättegångskostnaderna är lagstadgad.

Domslut

1. Arbetsdomstolen avslår Diskrimineringsombudsmannens talan.
2. Diskrimineringsombudsmannen ska betala Folktandvården Stockholms län AB:s rättegångskostnader med 349 152 kr, varav 254 600 kr avser ombudsarvode, med ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Sören Öman, Anna Middelman, Kerstin G Andersson, Johanna Torstensson och Carl-Gustaf Hjort. Enhälligt.

Rättssekreterare: Lotta Bodelius