

Insamlade uppgifter och vad man måste antas ha vetat

Nätkasinet

1. Inledning

Redan innan 33 § avtalslagen infördes, uttrycktes stark misstro mot tanken att rättshandlingar skulle kunna förklaras ogiltiga för att de stred mot tro och heder. Huvudinvändningen var regelns grundkonstruktion som vag generalklausul. I förarbetena till bestämmelsen försökte lagstiftaren möta denna tvekan:

Mot det föreslagna stadgandet kan förväntas den anmärkningen, att tro och heder liksom motsvarande uttryck i de andra texterna – ”almindelig Hæderlighed” i den danska, ”redelighet eller god tro” i den norska – äro allt för svävande begrepp för att lämpligen kunna läggas till grund för lagstiftning. Prövningen, om ett handlingssätt strider mot tro och heder, ställer dock icke större anspråk på domarens omdöme och urskillning än andra likartade uppgifter, inför vilka han ofta är ställd, exempelvis bedömandet, huruvida en person vid ingående av ett avtal gjort sig skyldig till bedrägligt förfarande.¹

Med tiden har 33 § avtalslagen hamnat allt längre i bakgrunden för att med införandet av 36 § avtalslagen bli nästan helt skymd. Det finns heller ingen omfattande rättspraxis från högre instans där påståenden om att någon handlat i strid mot tro och heder haft framgång. I Norge och Danmark har motsvarande bestämmelse haft större betydelse, men det är nog snarare fråga om skillnader i förhållningssätt än att bestämmelserna är formulerade något olika i de nordiska länderna.² Det har därtill inte skrivits särskilt utförligt om 33 § i senare doktrin.³

¹ Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, Stockholm 1914, s. 133. Jfr NJA II 1915 s. 261.

² Att de skilda formuleringarna inte avsåg att ge uttryck för olika tankar framgår tydligt av de danska förarbetena till Aftaleloven, se Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger, Köpenhamn 1914, s. 74: ”Medens det danske Udkast henviser til almindelig Hæderlighed, henviser det norske Udkast til ’redelighed eller god tro’ og det svenske til ’tro och heder’. I disse forskellige Formuleringer ligger ingen Realitetsforskel. Afgørelsen er efter alle tre Udkast, om Viljeserklæringen strider imod, hvad der efter den til enhver Tid i Samfundet herskende almindelige Opfattelse er hæderligt. At den paagældendes personlige Opfattelse af det uhæderlige er snævrere eller videre end den almindelige, kommer ikke i Betragtning; heller ikke, at Uhæderlighedsbegrebet i den særlige Kreds, som den paagældende tilhører, er snævrere end det almindelige.”

³ Flera av de mer ingående studierna av 33 § avtalslagen skrevs kring 1930-talet. Stang behandlar bestämmelsen i tre större uppsatser, först i Nogen fremskridtslinjer i den nordiske fælleslov-

En stor del av anledningen är säkerligen den sparsamma rättspraxis som finns om hur bestämmelsen skall tillämpas. Högsta domstolens avgörande den 1 juli 2025 kallat *Nätkasinot*⁴ är därför välkommet.⁵

Twisten rörde frågan om de förluster som en spelare gjort på att spela på nätcasino skulle ersättas av spelarrangören, om det kunde visas att arrangören känt till att spelaren led av spelmissbruk. Fallet belyser visserligen förutsättningarna för att ogiltighet skall kunna göras gällande med stöd av 33 § avtalslagen och vad som kan anses strida mot tro och heder, men den viktigaste frågan i målet är hur man skall avgöra om den som åberopar en viss rättshandling skall anses ha haft tillräcklig vetskap om de omständigheter som gjorde att åberopandet skulle strida mot tro och heder.⁶ Särskilt aktualiserades frågan i vilken mån spelarrangören kunde sägas ha sådan vetskap, eftersom information om hur de enskilda spelarna satsat, spelat och vunnit eller förlorat samlats in automatiskt.

givning paa formuerettens omraade i Nordiska juriststämman, Stockholm 1926, s. 291–335 och därefter i de två uppsatserna Avtalelovens § 33, TfR 1930 s. 51–134 och En utvecklingslinje i de formuerettslige ugyldighetsregler, JFT 1933 s. 365–396. Karlsgrens artikel 33 § avtalslagen, SvJT 1933 s. 219–255 skrivs delvis som svar på Stangs behandling av ämnet, även om anslaget är bredare. Förutom de danska och svenska förarbetena är det knappast möjligt att gå förbi Lasens behandling av ämnet i Læren om Aftaler ifølge Lov 8 maj 1917, Köpenhamn 1917, eller Almén, Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, Stockholm 1916, som båda kan sägas vara auktoritativa kommentarer till lagen, eftersom båda deltog i lagstiftningsarbetet. Bland senare framställningar bör Arnholm Alminnelig avtalerett, Oslo 1949 liksom Ussing, Aftaler paa formuerettens omraade, Köpenhamn 1931, nämnas. En ingående behandling av hur 33 § avtalslagen använts i finsk rätt finns hos Wilhelmsson i artikeln Om tro och heder i finsk avtalsrätt, Oikeustiede 1978 s. 39–84. Utöver nu nämnda arbeten behandlas avtalslagens ogiltighetsregler i många framställningar, utan att 33 § avtalslagen ges något större utrymme. En upplysande översikt av hur bestämmelsen uppfattats i Norden finns hos Björne, 33 § avtalslagen – Drag i den nordiska debatten under förra delen av 1900-talet, Avtalslagen 90 år, Stockholm 2005, s. 165–183.

⁴ Mål T 607-24.

⁵ Vid författandet av denna rättsfallskommentar har jag utgått från Högsta domstolens dom och underrätternas domar. I processen ingavs två utlåtanden som gällde spelberoende som jag inte tagit del av utöver vad som återges i domarna. Däremot har jag haft tillgång till rättsutredningen i Högsta domstolen. Det rättsutlåtande av professorn Mårten Schultz som ingavs av BLM Group i Patent- och marknadsdomstolen har också beaktats.

⁶ I det danska avgörandet U 2020.1293 H hade Højesteret att ta ställning till frågan i vilken mån bristande efterlevnad av förpliktelser i ett offentlighetsregler som spelarrangören ålagts att följa kunde grunda ersättningsansvar mot en spelare. På ytan är det danska fallet och *Nätkasinot* lika, nämligen i att en person med hasardspelsyndrom (*spelberoende* eller *ludomani*, som det står i den danska domen) hade förlorat mycket pengar på sitt spelande och att frågan ställts om spelarrangören borde vara ersättningsskyldig för den uppkomna förlusten. Det danska målet gällde emellertid ett krav på *utomobligatorisk grund*, nämligen ett krav grundat i påstått brott mot omsorgsförpliktelser i ett offentlighetsregler som uppställdes bland annat till skydd för spelarna, medan kravet i det svenska avgörandet så som frågan kom att bestämmas av Högsta domstolen grundades på *avtalsrättslig ogiltighet*. Det danska avgörandet ger därför inget för att förstå det svenska fallet.

I målet tog Högsta domstolen också ställning till betydelsen av att spelaren inte kunde återlämna den prestation som han mottagit. Även om utgången i målet blev att avtalen om spel förklarades ogiltiga, finns det anledning att kommentera något om möjligheten att istället jämka avtalen i syfte att nå samma eller liknande resultat.

2. Nätkasinot

2.1 Målets bakgrund och processen i underinstanserna

Under perioder hade A spelat i mycket stor omfattning och även gjort stora förluster på sitt spelande. A spelade i huvudsak på datorsimulerade automatspel som den Malta-registrerade spelarrangören BML Group under kännetecknet Betsson erbjöd på sitt nätkasino. Han hade främst spelat på en digital variant av den typ av spelautomater som kallas för enarmade banditer. I januari 2012 blev A på spelarrangörens initiativ VIP-kund och fick en personlig kontaktperson. I oktober 2014 bad han BML Group att stänga hans spelkonto, vilket också gjordes samma månad.

A stämde BML Group i Patent- och marknadsdomstolen och yrkade att spelarrangören skulle utge ersättning uppgående till i första hand 14 969 491 euro, eller annat belopp som rätten fann skäligt, alternativt i andra hand 10 388 333 euro, eller annat belopp som rätten fann skäligt jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från det att domen har vunnit laga kraft till dess betalning skett.

Till grund för detta yrkande anförde A att BML Group gjort en vinst på hans bekostnad. A hade enligt egna uppgifter lidit av spelberoende redan innan han blev VIP-kund och fick också senare diagnosen spelberoende fastställt. Med den information bolaget hade om hans spelbeteende borde det enligt A:s mening ha insett att han var spelberoende. Under sådana förhållanden förelåg ingen rättslig grund för bolagets vinst, som alltså var obehörig. Vinsten uppgick till det belopp som han omsatt på spel hos spelarrangören. En återbäring av vinsten skulle därför ske. Denna grund utvecklades ytterligare och både brott mot lotterilagen och marknadsföringslagen anfördes som stöd för kravet. I målet anfördes också att BML Group hade utnyttjat den information bolaget haft om hans spelbeteende i sin marknadsföring mot honom och därmed agerat i strid med förbudet mot aggressiv marknadsföring i marknadsföringslagen. BML Group hade därtill enligt spelarens mening brustit i sitt ansvar att skydda honom som konsument. Slutligen anfördes att det skulle strida mot bestämmelserna i 33 och 36 §§ AvtL om BML Group skulle tillåtas behålla den vinst som bolaget hade gjort på A:s bekostnad.

Utöver huvudersättningen yrkade A även att BML Group skulle åläggas att betala 1 000 000 kronor, eller annat belopp som rätten fann skäligt. Grunden

för detta krav var att BML Group genom oaktsamhet vållat honom fysisk och psykisk skada. Närmast avsåg kravet ersättning för psykiskt lidande till följd av spelberoende.

Yrkandena justerades i Patent- och marknadsöverdomstolen så att kravet endast skulle uppgå till den vinst som BML Group gjort och inte hela den summa som A satt in på spel hos spelarrangören. Enligt yrkandet uppgick BML Groups vinst till 709 625 euro för hela den period A varit registrerad kund hos bolaget och 527 395 euro för den tid han varit VIP-kund. Grunderna för kravet justerades också i någon mån, men var i huvudsak desamma.

BML Group bestred båda yrkandena i samtliga instanser. Ingen oenighet förelåg dock om beräkningen av beloppen som sådana.

Twisten avgjordes först av patent- och marknadsdomstolen. Skälen till att tvisten inte anhängiggjordes vid allmän domstol var att det utöver ogiltighetsfrågan, som kom att bli huvudsaken i Högsta domstolen, i underinstanserna även fanns frågor om spelbolagets marknadsföring varit tillåten. I Patent- och marknadsdomstolen framställdes krav på skadestånd enligt 37 § marknadsföringslagen (2008:486) (MFL) med hänvisning till reglerna i 7 § och 7 a § om aggressiv marknadsföring i samma lag eller att marknadsföringen stått i strid med punkterna 26 och 31 i svarta listan som hör till marknadsföringslagen.⁷ Enligt 1 kap. 4 § punkten 3 lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar handlägger Patent- och marknadsdomstolen mål och ärenden enligt vad som föreskrivs i bland annat 46 a § MFL.⁸ Enligt punkt 5 i bestämmelsen skall tvister som rör skadestånd enligt 37 § MFL hanteras av Patent- och marknadsdomstolen.

Spelaren hade inte framgång med sin talan i Patent- och marknadsdomstolen. Domstolen fann att marknadsföringslagen i och för sig var tillämplig, eftersom marknadsföringen varit på svenska och riktat sig till en person bosatt i Sverige. Enligt domstolens mening hade emellertid marknadsföringen inte stått i strid med punkterna 26 och 31 i svarta listan. Domstolen fann också vid en sammantagen bedömning att det inte visats att bolaget efter vad som förutsätts i 7 a § punkt 2 MFL utnyttjat ”omständigheter, som näringsidkaren känner till och som är av sådan vikt att de försämrar konsumentens omdöme” för att påverka A:s beslut i fråga om bolagets tjänster. Marknadsföringen var därför inte att betrakta som aggressiv i enlighet med bestämmelsen i 7 § MFL.

⁷ Vid tidpunkten för stämningen gällde ännu tillkännagivande (2008:487) med anledning av marknadsföringslagen (2008:486). I tillkännagivandet återges bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden. Bilagan innehåller beskrivningar i punktform av affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga. Tillkännagivandet har ersatts av tillkännagivande (2022:658) enligt marknadsföringslagen (2008:486) utan några ändringar av relevans här.

⁸ Ändringen av bestämmelsen som gjordes genom SFS 2020:338 är inte av betydelse för domen.

När det gällde spelarens påståenden att BML Group gjort en vinst på hans bekostnad och att vinsten var obehörig eftersom det inte funnits någon rättslig grund för bolagets vinst, anförde Patent- och marknadsdomstolen följande:

Enligt Patent- och marknadsdomstolen är det inte visat att BML Group har vetat om att [A] var spelberoende innan han i oktober 2014 bad bolaget att stänga ner hans spelkonto. Även om det av utredningen framgår att BML Group i viss mån har kunnat följa hans spelande är det heller inte visat att bolaget kan antas ha haft sådan vetskap. Därmed saknas möjlighet att förklara avtalen ogiltiga enligt 33 eller 36 §§ avtalslagen alternativt jämka dessa med stöd av 36 § avtalslagen. De avtal som parterna har ingått är således giltiga.⁹

Enligt domstolens bedömning hade den värdeförskjutning som ägt rum haft stöd i parternas avtal och alltså haft rättslig grund. Den vinst som BML Group gjort var därmed inte obehörig.

A överklagade domen till Patent- och marknadsöverdomstolen, som gjorde en annan bedömning än underinstansen.¹⁰ Den grundläggande skillnaden var att Patent- och marknadsöverdomstolen gjorde bedömningen att A lidit av spelberoende sedan åtminstone december 2011. Slutsatsen grundade sig på de uppgifter som lämnats av de två sakkunniga vars utlåtanden A anförde som stöd för sin talan:

Sammantaget kan Patent- och marknadsöverdomstolen konstatera att BML Group åtminstone vid den tidpunkt då [A] blev VIP-kund hos bolaget, dvs. den 16 januari 2012, kände till att [A] hade allvarliga spelproblem och att bolaget, trots denna vetskap fortsatte att på ett påträngande sätt marknadsföra spel gentemot honom. Det rörde sig inte bara om att den marknadsföring som förekommit tidigare fortsatte, utan det tillkom ytterligare marknadsföringsåtgärder som var riktade till honom personligen, bl.a. genom att anställda hos BML Group aktivt sökte upp honom. BML Group måste i detta skede ha känt till att [A] på grund av sitt spelproblem befann sig i ett utsatt läge och därför hade svårt att värja sig mot marknadsföringen, särskilt bonuserbjudanden och liknande som uppmanade till ytterligare spel. Till detta kommer att marknadsföringen avsåg en spelform som vid denna tidpunkt inte var tillåten i Sverige och som var förenad med en betydande risk för dem som spelar att drabbas av spelberoende.¹¹

Mot bakgrund av dessa omständigheter gjorde Patent- och marknadsöverdomstolen den samlade bedömningen att det skulle strida mot tro och heder att göra rättshandlingarna gällande mot A. Enligt domstolen saknade det betydelse för skyldigheten för spelarrangören att återlämna det angivna beloppet att spel-tjänsten i sig inte kunde återgå. Domstolen ålade därför BML Group att betala 527 395 euro med ränta från den dag då domen fick laga kraft till dess betalning skedde. Utöver skyldighet att utge den vinst bolaget gjort på A:s spelande, ålades det också bolaget att utge ersättning för psykiskt lidande med 10 000 kronor.

⁹ Patent- och marknadsdomstolens domskäl s. 14.

¹⁰ Avgörandet av Patent och marknadsöverdomstolen har kommenterats av Hvid och Björkman Krantz, Skapar data ond tro?, SvJT 2024 s. 817–833.

¹¹ Patent- och marknadsöverdomstolens domskäl s. 11.

2.2 Högsta domstolen

En hel del av det som utgjorde huvudbedömningen i Patent- och marknadsdomstolen föll bort vid prövningen i Patent- och marknadsöverdomstolen och tvisten renodlades ytterligare när Högsta domstolen beviljade prövningstillstånd i målet. Från att ha rört frågor om överträdelse av marknadsföringslagen och i vilken mån spelbolaget gjort en obehörig vinst på spelarens bekostnad, blir det ett mål som främst rör tillämpningen av 33 § AvtL.

Till en början finns anledning att notera hur Högsta domstolen bestämmer prövningsramen genom att beskriva avtalsrelationen mellan parterna:

Det ligger närmast till hands att uppfatta situationen så att BLM Group och [A] senast när han öppnade spelkontot träffat en form av ramavtal för det framtida spelet och att de enskilda spelen innebär ett rättshandlande med avtalsverkan inom ramen för detta ramavtal. Rättshandlandet har skett utan någon mänsklig medverkan genom automatiserade beslut från BLM Groups sida.¹²

Prövningen i Högsta domstolen kommer genom denna bestämning att avse en mängd avtal, där varje spelrunda är ett eget avtal, och inte det ursprungligen slutna ramavtalet om att få tillgång till möjligheten att spela på spelarrangörens plattform. Frågan som bedömdes blev på detta sätt om spelarrangören känt till att A lidit av spelberoende när de enskilda avtalen slöts.

Både Patent- och marknadsöverdomstolen och Högsta domstolen gjorde bedömningen att denna förutsättning om kunskap hos spelbolaget var uppfylld. Eftersom Högsta domstolen i sin dom ansluter till Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning, finns det anledning att citera den senare nämnda domstolens uttalande om omständigheterna och spelbolagets kunskap:

Det är ostridigt mellan parterna att [A] blev VIP-kund hos BML Group den 16 januari 2012. Enligt [A] skedde detta på BML Groups initiativ, vilket inte har motsagts av bolaget. [A] fick då en kontaktperson hos bolaget. BML Group måste då uppenbarligen ha noterat [A:s] spelmönster. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening framgår det även av utredningen att det i vart fall vid denna tidpunkt fanns tydliga tecken på att han hade tappat kontrollen över sitt spelande samt att dessa tecken manifesterades i hans spelmönster och därmed även var synliga för BML Group. Under en period om två år och nio månader efter att [A] blivit VIP-kund var hans spelande omfattande. Han satte in motsvarande cirka 8,6 miljoner kr i dagens penningvärde på sitt spelkonto och gjorde en nettoförlust om cirka 5,8 miljoner kr. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen går det av utredningen i denna del inte att dra någon annan slutsats än att [A:s] spelande hos BML Group markant avvek från vad som kan anses vara ett sunt spelande.¹³

Efter att ha konstaterat att spelbolaget visserligen inte kunde anses ha haft kännedom om att A uppfyllde de medicinska kriterierna för diagnosen spelberoende, gick Högsta domstolen över till att pröva om spelbolaget måste anses ha haft

¹² Högsta domstolens domskäl punkten 26.

¹³ Patent- och marknadsöverdomstolens domskäl s. 9f.

vetskap om de förhållanden som gjorde att det skulle strida mot tro och heder att göra A:s rättshandlingar gällande:

Däremot framgår av BLM Groups speldata att [A] spelat för anmärkningsvärt stora belopp och att han ofta spelat påfallande många spel per dag och därmed ägnat mycket tid åt sitt spelande. Det framgår också att han över tid satsat allt större summor per spel. Vidare förekom att han upprepade gånger per dag satte in medel på sitt spelkonto, och därigenom försökte vinna tillbaka förluster. Som Patent- och marknadsöverdomstolen funnit visade [A:s] speldata härigenom tydliga tecken på att han tappat kontrollen över sitt spelande, i vart fall från det att han blev VIP-kund. BLM Group måste därför från denna tid anses ha haft vetskap om att [A] haft allvarliga spelproblem. Det finns, utifrån hur talan är utformad, inte skäl för Högsta domstolen att ta ställning till om BLM Group redan tidigare haft sådan vetskap.¹⁴

I Högsta domstolens domskäl framhålls också betydelsen av att spelarrangören samlat in och bearbetat information om spelarnas beteenden för att slå fast om 33 § AvtL skulle kunna tillämpas:

Om ett företag använder sådan teknik för att samla in och bearbeta uppgifter om enskilda kunders beteenden och preferenser och lägger uppgifterna till grund för automatiserade beslut att anta anbud eller lämna erbjudande eller använder dem som stöd för sådana beslut, är detta en omständighet som innebär att företaget – vid tillämpningen av 33 § avtalslagen – som utgångspunkt måste anses ha vetskap om den information som tekniken ger tillgång till och företaget använder.¹⁵

Högsta domstolen konstaterar slutligen att BML Group på grund av den information bolaget samlat in om A:s spelande måste anses ha haft sådan vetskap som är en förutsättning för att tillämpa 33 § AvtL. Alla spelavtal som ingåtts efter det att A blivit VIP-kund var därför ogiltiga, eftersom det skulle strida mot tro och heder att med sådan vetskap göra dem gällande. Högsta domstolen fastställde därmed Patent- och marknadsöverdomstolens domslut i huvudsaken och spelarrangören ålades att återbetala 527 395 euro. Beloppet motsvarade den nettoförlust A gjort efter det att han blev VIP-kund. A:s yrkande om att få skadestånd för psykiskt lidande bifölls dock inte.

3. Kommentarer till HD:s avgörande i *Nätkasinot*

3.1 Inledande anmärkningar

Bestämmelsen i 33 § AvtL anförs ofta som stöd för påståenden om att ett avtal skall förklaras ogiltigt, inte sällan tillsammans med någon annan av avtalslagens ogiltighetsregler och med påstående om att avtalet annars skall jämkas. Högsta domstolen har emellertid ganska sällan bifallit yrkanden om att ett avtal skall

¹⁴ Högsta domstolens domskäl punkten 31.

¹⁵ Högsta domstolens domskäl punkten 14.

förklaras ogiltigt med stöd av bestämmelsen.¹⁶ Regeln är begränsad till förhållanden som förelåg då rättshandlingen företogs, om än det enligt 39 § AvtL finns möjlighet att inom mycket snäva gränser ta hänsyn även till senare förhållanden. Kravet att mottagaren av rättshandlingen skall ha insett eller att den måste ha insett att det förelåg förhållanden som skulle göra att det skulle strida mot tro och heder att göra rättshandlingen gällande är också ett högst påtagligt hinder när bestämmelsen skall tillämpas.

Förarbetena till avtalslagen ger underlag för att bättre förstå hur regeln var tänkt att fungera. I de svenska förarbetena framhålls med eftertryck att bestämmelsen om tro och heder är tänkt att ”förhjälpa den materiella rätten till seger”.¹⁷ Det betonas, närmast i förebyggande syfte, att den föreslagna bestämmelsen inte lär komma att få en för vid tillämpning, och ”[r]iktigt tillämpat, medför stadgandet icke någon fara för den redbara samfärdseln men ett välbehövligt skydd mot ohederliga affärstransaktioner”.¹⁸ Därefter följer några exempel på

¹⁶ Det första avgörande efter införandet av avtalslagen där bestämmelsen användes för att ogiltigförklara ett avtal var NJA 1921 s. 542. Därefter har 33 § AvtL utgjort grunden för ogiltighet i NJA 1943 s. 728, NJA 1961 s. 124 (löppnummer 1961:19), NJA 1966 s. 44 och NJA 1968 s. 303. Utöver dessa avgöranden bör också NJA 1948 s. 138 nämnas. Majoriteten i Högsta domstolen jämkade förpliktelsen med, som det verkar, en analog tillämpning av den tidigare gällande regeln i 8 § SkbrL och med stöd av grundtanken bakom regeln i 3 kap. 43 § lagen den 14 juni 1907 (nr 36, s. 1) om nyttjanderätt till fast egendom, så som den kom att gälla efter lagändringen genom SFS 1939:364 – två av de bestämmelser som kunde användas innan 36 § AvtL infördes för att jämka avtal –, men den skiljaktige ville grunda samma resultat på 33 § AvtL. Avgörandena NJA 1985 s. 373 och NJA 1986 s. 748 brukar också ofta nämnas. Fallen rörde samma bilolycka, där det första avgörandet endast gällde frågan om prövningstillstånd skulle beviljas för att ta upp tvisten i hovrätt. Bara i NJA 1986 s. 748 tog Högsta domstolen ställning till frågan i sak, om den som erkänt ansvar för bilolyckan varit i ett sådant tillstånd efter olyckan att det skulle strida mot tro och heder att göra erkännandet om skuld gällande. Högsta domstolen fann att ingenting i den utredning som företetts tydde på att föraren som erkänt ansvar för kollisionen av chock eller annan orsak varit försatt i sådant sinness tillstånd att han inte kunde bedöma situationen klart. I målet slogs därmed fast att det kan strida mot tro och heder att utnyttja någon som befinner sig i chocktillstånd eller som av annan anledning inte klart kan bedöma situationen, utan att detta beror på sjukdom, demens eller berusning. Därutöver ger NJA 1982 s. 691 i någon mån ledning för frågan hur man skall fastställa om mottagaren faktiskt insett eller måste ha insett att det skulle strida mot tro och heder att göra rättshandlingen gällande mot avgivaren. Även om många fall nämns när 33 § AvtL behandlas, är dessa de huvudsakliga.

¹⁷ Förslag s. 134. Jfr NJA II 1915 s. 262.

¹⁸ Gör man en jämförelse med förebilden till 33 § i de nordiska avtalslagarna som finns i § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), så är sådan återhållsamhet vid tillämpningen inte en självklarhet. En böjlig rättsregel kan användas både till gott och till ont, den kan användas som ett sätt att värna det rättsligt goda, men också under vissa förhållanden och tider missbrukas. Som exempel kan nämnas att BGB fortsatte att gälla i Nazityskland och missbruket av bland annat § 242 BGB och andra generalklausuler är väldokumenterat. Efter andra världskriget fortsatte BGB till en början att gälla i Östtyskland, även om den gradvis ersattes av annan lagstiftning och slutligen upphävdes helt 1976. Även i Östtyskland användes bland annat § 242 på ett sätt som hade varit helt främmande i en demokratisk stat. Se vidare Wanner, Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staate, Ebelsbach 1996 och Haferkamp, Begründungsverhalten

när stadgandet skulle kunna komma till tillämpning, nämligen bland annat när den som rättshandlat på grund av kroppslig sjukdom, ålderdomssvaghet, berusning eller andra orsaker varit ur stånd att klart bedöma handlingens innebörd och följder, ”utan att han likväl kan sägas hava saknat förståndets bruk”.¹⁹

Svårigheten i *Nätkasinot* är emellertid inte att slå fast om det skulle strida mot tro och heder att utnyttja någon som lider av spelberoende och förmå den att fortsätta spela. Det får anses som en given utgångspunkt i målet att ett sådant utnyttjande skulle strida mot tro och heder. I *Nätkasinot* är det istället framför allt frågan vad som krävs för att visa att någon *måste anses ha haft vetskap* om de förhållanden som gjorde att ett åberopande av en rättshandling skulle strida mot tro och heder som är det huvudsakliga, inte om åberopandet med sådan vetskap skulle strida mot tro och heder. I det följande kommer först frågan om vad som krävs för att visa att någon måste anses ha viss vetskap att behandlas.

Uppfattningen har framförts i olika sammanhang, och kom även till uttryck i målet, att båda parterna måste kunna återbära sina prestationer för att någon av dem skall vara skyldig att återbära sin prestation. I *Nätkasinot* konstaterade Högsta domstolen, utan att gå närmare in på frågan, att återgång skulle ske, trots att spelaren inte kunde återbära spelrundorna till spelarrangören. Även om denna fråga inte utvecklas närmare i domskälen, finns det anledning att behandla i vilken mån möjligheten att återlämna egen prestation är en förutsättning för att göra ogiltighet gällande.

Jämkning med stöd av 36 § AvtL hade kunnat komma ifråga i fallet och denna grund anfördes även av spelaren i målet. Frågan i vilken mån jämkning hade varit ett lämpligt sätt att komma till samma eller likartat resultat kommer också att kommenteras kort.

3.2 Insamlad information och vetskap

Många företag samlar in olika former av data som rör kunderna och i vissa fall föreligger även en förpliktelse enligt lag att samla in viss information. Detta gör

des Reichsgerichts zwischen 1933 und 1945 in Zivilsachen verglichen mit Entscheidungen des Obersten Gerichts der DDR vor 1958 i Zivilrechtskultur der DDR Band 2, Berlin 2000, s. 15–50.

¹⁹ Förslag s. 134. Jfr NJA II 1915 s. 262. När avtalslagens trädde i kraft hade ännu inte förslaget till det som skulle bli lag (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning lagts fram. Uttalandena i avtalslagens förarbeten bör läsas mot den bakgrunden. Av den ganska omfattande rättspraxis som finns från tiden före 1924 framgår dock att rättstillståndet innan lagen antogs i allt väsentligt var lika det som kom att gälla efter lagens ikraftträdande när det gällde förutsättningarna för att ogiltighet skulle inträda. Se härtill exempelvis NJA 1874 s. 10, NJA 1895 s. 266, NJA 1898 s. 38, NJA 1906 s. 116, NJA 1906 s. 492, NJA 1919 s. 494 och NJA 1923 s. 390 samt en rad avgöranden som rör giltigheten av testamenten. Se om rättstillståndet före 1924 års lag, Förslag till lag om förmynderskap m.m., Stockholm 1921, s. 513–519 och jfr NJA II 1924 s. 593.

att många företag kan ha information som, om den struktureras och analyseras, skulle innebära att företaget kunde sägas veta sådant som kunden inte direkt upplyst om. Sådana analyser görs exempelvis av banker och betalningsförmedlare i syfte att stoppa penningtvättstransaktioner, finansiering av terrorism och förhindra bedrägerier. Ett annat exempel är att kreditgivare ofta har en skyldighet att kreditpröva den som sökt om att beviljas en kredit och i prövningen använder både uppgifter som den kreditsökande själv lämnat och uppgifter ur olika register. De data som samlas in kan alltså exempelvis lämnas av kunden själv på uppmaning av företaget, samlas in automatiskt av det system som företaget tillhandahåller som del av sin tjänst eller genom att kunden använder systemet. Den fråga som behöver ställas är vad som krävs för att ett företag som samlar in data om sina kunder skall anses ha sådan vetskap om förhållanden på kundens sida att den kan grunda ogiltighet.

Det är lätt att förhastna sig och av den omständigheten att någon har viss information, som om den fogas samman eller analyseras, sluta sig till att envar som har informationen också har vetskap om det som kan tas fram ur informationsmängden. Frågan är emellertid om regeln i 33 § AvtL verkligen kan förstås så.

Bestämmelsen har en objektiv del och en subjektiv del. Den objektiva delen avser bedömningen huruvida omständigheterna vid rättshandlingens tillkomst var sådana att det, med kunskap om dem, skulle strida mot tro och heder att göra rättshandlingen gällande. Den subjektiva delen är om löftesmottagaren måste antas ha haft vetskap om dessa förhållanden. Den centrala frågan i *Nätkasinot* var om det måste antas att spelarrangören hade vetskap om förhållandena, alltså om de subjektiva förutsättningarna för att tillämpa ogiltighetsregeln var uppfyllda. Högsta domstolens domskäl är mycket kortfattade när de rättsliga utgångspunkterna för bedömningen beskrivs i punkterna 11–14. Endast det som var strängt nödvändigt för att avgöra tvisten i det aktuella fallet beskrivs. Det finns därför skäl att först göra en något bredare analys av bestämmelsens subjektiva rekvisit, för att därefter kunna diskutera avgörandets räckvidd och betydelse för framtida fall.

Bedömningen att någon måste ha haft vetskap om förhållandena innebär ofta att någon *tillskrivs* vetande om vissa förhållanden och inte nödvändigtvis att den som ”måste antas veta” faktiskt också haft denna vetskap. Regeln förutsätter alltså inte att det går att fastställa en persons faktiska vetskap, bara det mindre att någon ”måste antagas hava ägt sådan vetskap”.²⁰

²⁰ Möjligen kan det föreligga någon skillnad i uttrycken *vetskap*, *kunskap* och *insikt* som används i avtalslagens ogiltighetskapitel för att uttrycka att någon förstår något. Det är emellertid inte omedelbart lätt att se att begreppen används konsekvent. En jämförelse med de danska och norska avtalslagarna visar också att samma begrepp inte används i motsvarande bestämmelser, trots att *vetskap*, *kunskap* och *insikt* används i samtliga. Mest konsekvent är den norska lagen, där uttrycket *kjentie til eller burde ha kjent til* används i 29 §, 30 § 1 st. och 32 § 2 st. Den svenska och den danska använder istället uttrycket *insett eller bort inse* respektive *indset eller burdet indse* i 29 § och 30 §, men i 31 § 2 st. används *ägde eller bort äga kunskap* i den

Det bör framhållas att det inte krävs att den som åberopar rättshandlingen vet att det skulle strida mot tro och heder att göra rättshandlingen gällande. Det är alltså inte en fråga om en subjektiv bedömning om den som åberopar rättshandlingen förstår vad som strider mot tro och heder. Vad som strider mot tro och heder är en standard som parterna inte råder över.

Medan övriga bestämmelser om ogiltighet i avtalslagen utgår från att någon *bort inse* eller *bort äga kunskap* om vissa förhållanden, används i 33 § AvtL uttrycket att någon *måste antas* ha haft vetskap om de omständigheter som gör att det skulle strida mot tro och heder att göra rättshandlingen gällande.²¹ I förarbetena förklaras kravet på kunskap om omständigheterna på följande sätt:

Å andra sidan kräves, att medkontrahenten bevisligen haft eller på grund av de föreliggande förhållandena måste antagas hava haft vetskap angående de omständigheter, under vilka rättshandlingen tillkommit. Är detta icke fallet, kan han visserligen hava handlat vårdslöst genom att icke taga närmare reda på förhållandena, men ohederligt är hans handlingssätt icke.²²

Vetskapen kan ha uppkommit genom att mottagaren av rättshandlingen tagit reda på de omständigheter som skulle göra att det skulle strida mot tro och heder, men det finns ingen skyldighet att självant försöka ta reda på om det föreligger sådana omständigheter. I praktiken utgör detta ett ytterligare hinder för att tillämpa bestämmelsen. Samma uppfattning uttrycks också i de danska förarbetena:

Uhæderligheden maa skyldes en vis Kundskab. At den paagældende burde have haft en vis Kundskab, kan ikke føre en Retshandel ind under § 33. Ej heller vil det f. Eks. føre den paagældende ind under § 33, at han ifølge sit Skøn antager, at Retshandelen vil falde anderledes ud end af Erklæringens Afgiver paaregnet.²³

svenska lagen och *indså eller burde indse* i den danska. Samtliga nordiska lagar använder dock uttrycket *insåg eller bort inse* i 32 § 1 st. I 33 § används däremot olika uttryck i de tre lagarna, där den svenska har uttrycket *har vetskap och måste antagas hava ägt sådan vetskap*. I både den norska och den danska används till och med olika uttryck i bestämmelsens olika led, nämligen i den norska *fik kundskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til* och i den danska *kom til hans kundskab, og hvorom han må antages at have været vidende*. Om det finns någon underliggande tanke bakom ordvalen, så är den svår att finna och förarbetena ger inte heller någon egentlig ledning.

²¹ I teorin har det diskuterats var gränsen exakt går. Stang skriver följande om frågan i sin artikel Avtalelovens § 33 – Dens indhold og dens forhold til forudsætningslæren, TfR 1930 s. 51–134, på s. 77: ”Forskjellen mellem de to udtryksmaater er ikke stor. Skal det – uten at strengt bevis foreligger – avgjøres hvad en mand i en given situation maa antages at ha forstaat eller visst, henvises man nemlig i stor utstrækning til at bygge paa, hvad han burde forstaat eller visst. Nogen forskjel er der dog.” I detta måste man instämma: Någon skillnad måste det ju trots allt vara, om än svår att säkert bestämma.

²² Förslag s. 133. Jfr NJA II 1915 s. 261.

²³ Udkast til Lov om Aftaler s. 74.

Tröskeln för att tillskriva den som gör rättshandlingen gällande *vetskap* om att det skulle strida mot tro och heder att göra det är alltså något högre i 33 § AvtL än om det annars i ogiltighetsreglerna används kravet på *vetskap*, *kunskap* eller *insikt* hade uppställts. Hur stor skillnad det är mellan att någon *måste anses* ha haft *kunskap* om något och om någon *borde ha haft viss kunskap* är inte helt enkelt att avgöra, men möjligen ligger det i uttrycket att någon *borde ha haft viss kunskap* ett underförstått krav på att personen kan ha en viss skyldighet att undersöka omständigheterna närmare, medan någon sådan skyldighet inte är avsedd när frågan huruvida någon *måste anses* ha haft *kunskap* om de relevanta omständigheterna uppställts.²⁴

En annan omständighet som kan försvåra bedömningen om någon skall anses ha *viss kunskap* är när den som gör gällande rättshandlingen är en juridisk person. När vi säger att juridiska personer vet något, är det alltid slutligen fråga om *tillräknande* av fysiska personers *kunskap*.²⁵ Detta gör att man mycket väl kan tänka sig att relevant information sammantaget finns hos en juridisk person, om än utspridd på olika fysiska personer på ett sådant sätt att den juridiska personen inte kan sägas ha *kunskap* om de förhållanden som den samlade informationen avser. Man kan också tänka sig att informationen visserligen finns samlad, men i en del av organisationen som inte samlar in uppgifterna för att använda dem för att göra ”rättshandlingen gällande”.²⁶ Vad som ligger i att en juridisk person har *vetskap* om något kräver alltså en långt mer sammansatt bedömning än ett konstaterande om att informationen, samlad eller splittrad, finns inom en organisation.²⁷

Det kunde också sägas att tvisten i denna del inte gällde människors eller juridiska personers *vetskap*, utan hur man skall betrakta betydelsen av att automa-

²⁴ Se angående god tro och undersökningsplikt Falkanger, *God tro*, Oslo 1998, s. 122–133. Jfr om undersökningsplikten när ondrosbedömningen skall göras enligt 30 § AvtL, Aagaard, *Tredjemans svikliga förledande – Kan en godkänd betalningstransaktion vara obehörig?*, SvJT 2024 s. 323–342, s. 336.

²⁵ Se Lindskog, *Lagen om handelsbolag och enkla bolag*, 3 upplagan, Stockholm 2019, s. 449–455 (2:17–6.3), *dens*. *Ideella föreningar*, Stockholm 2023, s. 100–106 (2.3), Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, Stockholm 1998, s. 244–256 och Falkanger, *God tro*, Oslo 1999, s. 398–404 och 449–459.

²⁶ Se Falkanger, *God tro* s. 121 och Aagaard, SvJT 2024 s. 337–338.

²⁷ Se till detta problembeskrivningen hos Grönfors, *Avtal och association*, Stockholm 1997, s. 46: ”En fysisk persons onda eller goda tro framgår som slutomdömet om totalkunskapen hos ett enda subjekt, inom ramen för vilken olika delmoment kan påverka varandra inbördes. När det gäller en juridisk person blir frågan, vilka fysiska personers kunskap (’insåg eller bort inse’) som skall tillräknas den juridiska personen, annorlunda uttryckt vilka fakta som får anses vara relevanta. Är det kunskapen enbart hos den som handlar som organ? Eller därutöver hos en eller flera andra som ’deltagit’ eller sådana ’med större andel eller bestående inflytande över associationen’. Eller rent av hos alla anställda? Vilka fysiska personers sammanlagda kunskap bildar kunskapsunderlaget för den juridiska personen?” Enligt min mening är detta inte en fullständig beskrivning, men den fångar att det är en fråga av delvis annat slag som måste besvaras när motparten inte är en fysisk person utan en juridisk.

tiserade system samlar in information. Maskiner och datorsystem kan inte veta vare sig det ena eller det andra, utan det skulle krävas att en människa använder sig av den insamlade informationen. Även om det fanns insamlade speldata och dessa även användes för att anpassa den tillhandahållna tjänsten i förhållande till de individuella spelarna, skulle spelarrangören med detta synsätt inte veta något förrän någon eller några människor faktiskt tog del av den informationen eller analyser av denna.

Denna invändning mot att tillskriva spelarrangören vetskap om vissa förhållanden är givetvis inte juridiskt hållbar. Är man konsekvent i detta synsätt, så skulle spelaren inte ha slutit några avtal alls, för motparten för varje spelrunda var hela tiden det automatiserade systemet. Vi accepterar också annars, utan att egentligen tveka, avtalsslut där rättshandlingarna inte grundar sig på annat än interaktion med en maskin. Vi trycker på knappar på en mekanisk biljettautomat eller väljer alternativ på en skärm för att boka en resa och på det sättet sluter vi avtal utan att ha interagerat med någon annan människa. Vi tvekar heller inte om att avtal slutits när vi passerar tunnelbanans spärrar eller kliver på bussen eller spårvagnen och därför måste betala. När vi parkerar vår bil, blir vi om den ställs upp på vissa platser skyldiga att betala parkeringsavgiften, fastän ingen människa finns i närheten som kan ta emot vår rättshandling eller vår betalning.²⁸ Vi kan i rättsvetenskapen vara oense om hur den närmare rättsliga konstruktionen ser ut som ”förklarar” hur avtal kommer till stånd, men någon egentlig oenighet finns inte om att avtal faktiskt slutits i sådana situationer.

Allt detta kan kanske framstå som självklarheter, men exemplen visar att rättshandlingen inte existerar i sig själv.²⁹ Vad som är en rättshandling kvalificeras av rättsordningen och begreppet rättshandling föregår inte de olika rättsförhållandena, utan har vuxit fram i samspel med dessa.³⁰ Vilka faktiska beteenden som ger upphov till ett bindande avtal måste därför ses i samband med vilket avtal det är fråga om. Motsvarande gäller också när vi talar om vetenskapskrav eller krav på insikt som rekvisit i avtalslagens ogiltighetsregler. Det måste inte

²⁸ De båda avgörandena NJA 1958 s. 177 och NJA 1981 s. 323 är belysande. I tysk rätt finns det välkända så kallade Hamburger Parkplatzfall BGHZ 21, 319, Az. V 223/54, NJW 1956, 1475, som har stora likheter med det svenska fallet från 1958.

²⁹ Se Flume, *Rechtsgeschäft und Vertragsfreiheit*, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Bd I, Karlsruhe 1960, s. 135–238, s. 147 med hänvisning till förarbeten till en av revisionerna av den franska civillagboken *Morandiére*, *Travaux de la commission de réforme du code civil* [Vol. 1], Année 1945–1946, s. 147: ”Je ne crois pas que l’acte juridique existe en soi. Il existe des actes juridiques.”

³⁰ I detta ansluter jag mig till det synsätt Flume givit uttryck för i bidraget *Rechtsgeschäft und Vertragsfreiheit*, när han på s. 148 skriver: ”Der Streit um das ‘Wesen’ oder den ‘Begriff’ des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung – in der Regel ist nur von der Willenserklärung die Rede – ist dadurch gekennzeichnet, daß er um die Abstraktion ‘Willenserklärung’ geführt worden ist, als ob es die Willenserklärung ‘an sich’ gäbe. Auszurichten ist der Begriff der Willenserklärung jedoch an den Aktstypen der Rechtsordnung, die unter der Abstraktion Willenserklärung zu begreifen sind.”

vara en faktisk vetskap eller insikt på samma sätt som om prövningen gällt en fysisk person, utan vad som skall avgöras är om vissa faktiska omständigheter kan kvalificeras rättsligt som vetskap eller insikt hos den juridiska personen. Bland dessa omständigheter finns vetskap eller insikt hos vissa fysiska personer, men också insamlad information som finns tillgänglig för att analyseras och brukas.

I domskälen framhåller Högsta domstolen att det är brukande av den insamlade information som utgör skälet till att förutsättningarna för att tillämpa 33 § AvtL var uppfyllda även med avseende på kravet på vetskap:

Av utredningen framgår att BLM Group har samlat in omfattande och detaljerad information om [A:s] spelande. Uppgifterna har funnits tillgängliga och sökbara för BLM Group. [I.M.], tidigare professor med inriktning på statistik och med mångårig erfarenhet av spelbranschen, har beskrivit att det normala är att spelbolag genom digitala lösningar har full insyn och kontroll över data om kundernas spelande. Uppgifterna används för att utveckla och skräddarsy produkter och för att prova ut hur kunderna kan lockas att spela. Den analys som hon gjort av [A:s] speldata visar också att det finns en tydlig samvariation mellan hans spelande och BLM Groups marknadsföring mot honom i form av bl.a. bonusar och gåvor.

Utredningen ger tillräckligt stöd för att BLM Group haft tillgång till och använt de insamlade uppgifterna om [A] på ett sådant sätt att bolaget vid tillämpningen av 33 § avtalslagen måste anses ha haft vetskap om [A:s] spelbeteende. Utredningen ger tillräckligt stöd för att BLM Group haft tillgång till och använt de insamlade uppgifterna om [A] på ett sådant sätt att bolaget vid tillämpningen av 33 § avtalslagen måste anses ha haft vetskap om [A:s] spelbeteende.³¹

När näringsidkaren *faktiskt* gör bruk av information som sammanställts genom någon form av automatisk databehandling framstår det som oacceptabelt att näringsidkaren gömmer sig bakom den avancerade algoritm som ger fördelar och hävdar okunskap om förhållandena på konsumentens sida. I en sådan situation spelar det ingen roll om det hela sker utan direkt inblandning av någon människa.

Avgörandet ger därmed egentligen inget stöd för tanken att det skulle räcka med att data samlas in av det automatiska systemet eller att organisationen i och för sig samlar in data eller i någon mening ”har” informationen. Högsta domstolens ställningstagande innebär visserligen en form av tillräknande som går från insamlade data över användning av dessa på visst sätt som gör att förutsättningen att spelarrangören måste antas ha ägt vetskap om att spelare var spelberoende, men det innebär inte att företag skall anses ha vetskap om förhållanden på kundens sida bara för att data som samlats in *kunde* användas för att få vetskap om denna omständighet.

Högsta domstolens avgörande ligger alltså väl i linje med hur 33 § AvtL enligt förarbetena var tänkt att förstås. Tillräknandet av vetskap är också begränsat till situationer där information eller data samlas in för att utgöra underlag för den aktuella aktörens egna rättshandlande i relation till den enskilda kunden. Någon

³¹ Högsta domstolens domskäl punkterna 27–28.

större bäring för kunskapsbedömningar i *andra fall* där information i och för sig ”finns” hos en aktör, men av andra skäl, har avgörandet inte.

3.3 Återgång och ogiltighetens verkningar

När det gäller frågan om ogiltighetens verkningar konstateras i Högsta domstolens dom egentligen bara att prestationerna skulle gå åter från det att spelaren blev VIP-kund och att spelarrangören inte visat att bolaget haft några kostnader som skulle beaktas vid återgången. I Patent- och marknadsöverdomstolen gjorde spelarrangören invändningen att återgång inte borde ske för att spelare inte kunde lämna tillbaka den mottagna prestationen, alltså den tjänst i form av spel som bolaget tillhandahållit spelaren. Eftersom Högsta domstolen egentligen inte bedömer denna invändning, finns det anledning att något gå in på hur Patent- och marknadsöverdomstolen resonerar i frågan. I domskälen uttalas följande:

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen saknar det emellertid betydelse att speltjänsten i sig inte kan återgå. Återgång ska ske av de ekonomiska prestationer som kan återbäras. Det saknar vidare betydelse att [A] helt eller delvis finansierade sitt spelande genom pengar han tog ut från det bolag han ägde och om han slutligen kommer att bära den ekonomiska skadan till följd av spelandet.³²

Någon närmare förklaring lämnas inte av Patent- och marknadsöverdomstolen och Högsta domstolens domskäl ger inget mer. När rättsföljderna av ogiltighet skall formuleras allmänt, sägs vanligtvis att prestationerna skall återgå. I detta ligger nog vanligen tanken att om exempelvis ett köp ogiltigförklarats på grund av att säljaren svikligen förlätt köparen och betalning skett och godset överlämnats, så skall dessa prestationer återgå.

Verkningarna av ogiltighet brukar allmänt beskrivas så att rättshandlingen är överksam för framtiden, att gjorda prestationer skall återgå och att ersättning för det som brukar kallas negativa intresset skall ges.³³ Överksamheten för framtiden är en självklarhet och har inga prestationer ännu utväxlats, är saken därmed klar. Detta är emellertid bara ett huvudmönster med många undantag. När prestationen inte består av fysiska objekt som överlämnas eller andra värdeöverföringar som består i någon form hos mottagaren, kan det också vara mer osäkert vad en ”återgång” egentligen skulle innebära. I allmänhet skall de verkningar inträda som realiserar ogiltighetsgrundens syfte, men även andra hänsyn kan behöva beaktas när ogiltighetens rättsföljder skall bestämmas. Även om det kan vara så enkelt som att prestationerna skall gå åter, finns också exempel på att bara ena partens prestation skall återlämnas eller att ingen av parterna skall

³² Patent- och marknadsöverdomstolens domskäl s. 12.

³³ Ingvarsson, *Ogiltighet och rättsföljd*, Stockholm 2012, s. 18.

återlämna vad de erhållit. En och samma ogiltighetsregel kan också ges olika verkningar beroende på vilken typ av avtal som ogiltighetstalan riktar sig mot.³⁴

En invändning av liknande slag som den av spelbolaget anförda mot att prestationerna skulle återgå brukade tidigare anföras när 30 § AvtL skulle tillämpas på försäkringsavtal. Enligt 4 § i 1927 års försäkringsavtalslag var ett försäkringsavtal ogiltigt efter vad som stadgas i avtalslagen när försäkringstagaren ”svikligen uppgivit eller förtegat något förhållande, som kan antagas vara av betydelse för försäkringsgivaren” då avtalet slöts. Ogiltighet följde också enligt bestämmelsen om försäkringstagaren handlade i strid mot tro och heder vid avtalslutet. Lagen innehöll inget om rättsföljderna av ogiltigheten, utan bara en hänvisning till avtalslagen. Därmed borde det stå klart, att huvudregeln vid avtals ogiltighet skulle tillämpas, nämligen att om försäkringsersättning betalats ut, så skulle den återlämnas till försäkringsgivaren, premien som betalats skulle lämnas tillbaka till försäkringstagaren och eventuellt kunde skadeståndsanspråk riktas mot den svikliga försäkringstagaren.

Det fanns aldrig någon oenighet om att utbetald försäkringsersättning skulle återgå när försäkringstagaren lämnat felaktiga uppgifter och därigenom svikligen förlett försäkringsgivaren vid försäkringens tecknande, men däremot yppades olika uppfattningar i frågan om försäkringsgivaren skulle ha skyldighet att återlämna premien, särskilt om inget försäkringsfall inträffat och ingen försäkringsersättning betalats ut till den svikliga försäkringstagaren. Det framhölls i doktrinen, att när försäkringstagaren svikligen förlett försäkringsgivaren att ingå försäkringsavtalet, så skulle den betalda premien inte återgå, eftersom det inte var möjligt att återlämna att försäkringsgivaren ”stått på risk”.³⁵

För egen del har jag aldrig funnit dessa skäl övertygande, även om jag är enig i resultatet att premien inte skall behöva lämnas tillbaka, åtminstone inte för tiden fram till dess att ogiltigheten görs gällande. Enligt min mening följer detta snarare av förhållandet till andra regler. Redan i förarbetena till 1927 års försäkringsavtalslag påpekas sambandet mellan 4 § och 6–7 §§:

En erinran om dessa stadgandens [alltså 30 § och 33 § AvtL] tillämplighet har emellertid ansetts böra inflyta i förslaget såsom en inledning till de med dem nära sammanhängande, för försäkringsrätten egendomliga stadgandena om påföljden av att försäkringstagaren annorledes än genom svek eller därmed i avtalslagen likställt förfarande föranleder, att försäkringsgivarens omdöme om den fara, för vilken han ikläder sig ansvarighet, vilseledes. Utan en sådan erinran kunde det se ut, som om man i 6 och 7 §§ av förslaget velat giva uttömmande regler om verkan av att försäkringstagaren vid avtalets slutande icke behörigen fullgjort sin uppgiftsplikt, så att de föreslagna stadgandena vore avsedda att, så vitt angår försäkringsavtal, sätta ur kraft de bestämmelser, som enligt 30 och

³⁴ Se till det följande Ingvarsson, Ogiltighet och rättsföljd, särskilt avsnittet om rättsföljderna av svek, s. 119–138.

³⁵ Ingvarsson, Ogiltighet och rättsföljd, s. 127–129 med vidare hänvisningar. Även andra argument anfördes för lösningen att återgång inte borde ske, men dessa saknar omedelbar betydelse för frågan som behandlas här.

33 §§ avtalslagen i allmänhet gälla i fråga om svek eller om förfarande, som strider mot tro och heder.³⁶

Enligt 6–7 §§ kunde ersättningen sättas ner eller helt falla bort om försäkringstagaren lämnat oriktiga uppgifter eller förtigt väsentliga förhållanden även i fall då försäkringstagaren inte gjort sig skyldig till svikligt förledande. Någon skyldighet för försäkringsgivaren att lämna tillbaka premien i dessa fall fanns emellertid inte. Skulle försäkringstagaren ha rätt att få tillbaka premien då försäkringsgivaren svikligen förletts att ingå försäkringsavtalet eller då det skulle strida mot tro och heder att göra försäkringsavtalet gällande, skulle alltså följderna av att försäkringstagaren uppsåtligen lurat försäkringsgivaren bli strängare än om försäkringstagaren av vårdslöshet lämnat felaktiga uppgifter eller förtigt väsentliga förhållanden. Det framstår inte som riktigt att försäkringstagaren vid så allvarliga brott mot upplysningsplikten att det föreligger svek skulle ställas bättre än den klumpige eller vårdslöse försäkringstagaren. Försäkringsgivaren bör av detta symmetriskäl få behålla betald premie för den tid som den ”stått på risk”. Denna ordning är numera lagfäst i försäkringsavtalslagen.³⁷ Ordningen innebär att huvudmönstret för återgång på grund av ogiltighet inte får fullt genomslag, utan anpassas till vilken typ av avtal som förklarats ogiltigt.

Från rättspraxis kan också det orefererade avgörandet AD 2005 nr 64 nämnas som ett exempel på att omöjlighet att återlämna en prestation inte behöver utesluta att avtalet förklaras ogiltigt.³⁸ Tvisten gällde bland annat frågan om lön och pensionsavsättningar skulle återgå när anställningsavtalet förklarats ogiltigt på grund av arbetstagarens svikliga förledande. Arbetsdomstolen biföll inte arbetsgivarens yrkande att återfå utbetald lön från arbetstagaren, trots att själva anställningsavtalet förklarats ogiltigt på grund av arbetstagarens svek. Skälen till att utbetald lön inte kunde återkrävas formulerades på följande sätt:

[Arbetsgivarens] prestation enligt anställningsavtalet har varit att hon betalat lön och sociala avgifter. [Arbetstagarens] prestation har varit hennes arbete. Det som [arbetsgivaren] enligt huvudregeln vid ogiltighet alltså skall återbära är [arbetstagarens] arbete, inte resultatet eller värdet av hennes arbete. En persons arbetsprestation under en anställningstid är inte av sådan karaktär att den över huvud taget går att återbära. Eftersom [arbetsgivaren] inte kan återbära [arbetstagarens] prestation skall heller inte [arbetstagaren] återbära [arbetsgivarens] prestation. [Arbetsgivarens] talan i denna del skall därför, som tingsrätten funnit, avslås.

Omöjligheten att återbära den ena prestationen skulle därför utgöra ett hinder mot att alls låta ogiltigheten få verkan. Här användes argumentet att återgång av redan gjorda prestationer inte kunde ske till förmån för den som svikligen

³⁶ SOU 1925:21, s. 71.

³⁷ Se 8 kap. 17 § 3 st. FAL, som hänvisar tillbaka till 5 kap. 6 § FAL. Där stadgas i andra stycket att om försäkringsavtalet ogiltigförklaras på grund av försäkringstagarens svikliga förledande, så får försäkringsgivaren behålla betald premie för förfluten tid.

³⁸ Se närmare angående AD 2005 nr 64 Ingvarsson, Ogiltighet och rättsföljd, s. 135–137.

förlett sin motpart. I målet skyddas alltså den som svikligen förlett sin motpart genom att utesluta skyldigheten att återlämna bland annat utbetald lön, inte den svikligen förledde. Utgången kan knappast förklaras på annat sätt, än att Arbetsdomstolen ansett det gå för långt att låta prestationerna återgå och att ogiltigheten därför bara fick den mer inskränkta följderna att anställningsavtalet ansågs ogiltigt för framtiden. Även i detta fall har alltså en avvikelse från vilka rättsföljder svikligt förledande skall ha godtagits och grunden för detta tycks vara vilken typ av avtal som ogiltigförklarats.

Huvudregeln att båda parter skall återbära sina prestationer är just en huvudregel och även om inte båda parter kan återbära sina prestationer, så kan den ene åläggas sådan skyldighet, medan den andre inte kan åläggas sådan skyldighet. I *Nätkasinot* leder valet att ålägga spelarrangören en skyldighet att återlämna vad den mottagit av spelaren och samtidigt befria spelaren från skyldigheten att återlämna ”spelrundorna” till att det blir praktiskt möjligt att ogiltigförklara avtalen i syfte att skydda spelaren mot att rättshandlingar görs gällande i strid mot tro och heder. Därigenom uppnås en form av skydd för spelarna som motsatt ställningstagande skulle ha omintetgjort.

3.4 Jämkning och ogiltighet

Antalet fall där jämningsregeln i 36 § AvtL används ökar snabbare än antalet fall där avtalslagens ogiltighetsgrunder varit avgörande. I många avseenden framstår jämkning som det ”moderna” sättet att hantera följderna av att avtal inte bör hållas eller i vart fall inte hållas fullt ut. Trots att 33 § AvtL är en generalklausul, är den stelare och begränsad till förhållandena då rättshandlingen företogs. Jämningsregeln täcker därtill regelmässigt de fall där någon tvingats ingå avtalet, svikligen förletts att sluta avtalet eller avgivit rättshandlingar under sådana omständigheter att det skulle strida mot tro och heder att med vetskap om dessa göra den gällande. Ogiltighetsreglerna i 29–31 §§ och 33 § AvtL kunde därmed tyckas vara överflödiga, eftersom det goda resultatet kan nås genom dynamisk jämkning.³⁹

Genom att jämka istället för att ogiltigförklara behöver ingen lastas för att avtalet blivit oskäligt. Jämkningsregeln bygger på en helhetsbedömning och därmed går det även att se till helhetssituationen. Det behöver inte vara någons fel när ett avtal blir oskäligt, utan båda parter kan vara offer för omständigheter som de inte råder över. Ingen skuld behöver läggas på den som fått fördelen. I detta ligger både jämkningens styrka och dess svaghet.

³⁹ Det är avsiktligt som 28 § AvtL hålls utanför resonemanget. Vid grovt tvång kunde man säga att den som utsatts för tvånget egentligen inte alls vill avge rättshandlingen eller sluta avtalet. Rättshandlingen är därmed i den meningen tom och bara ett skal utan kärna. En jämkning istället för ogiltigförklaring framstår då enligt min mening som särskilt olämplig, men sammanhanget tillåter inte att detta ställningstagande utvecklas närmare.

Spelaren i målet anförde också 36 § AvtL till grund för att spelbolaget skulle åläggas en skyldighet att ersätta den förlust spelaren gjort på sitt spelande. Sätet att argumentera när avtal och villkor skall jämkas och inte ogiltigförklaras blir dock ett annat. Skulle man ha jämkat spelavtalen i *Nätkasinot*, skulle det ha blivit nödvändigt att istället avgöra hur mycket spelande som varit rimligt. Spelberoendet skulle självklart ha utgjort en omständighet av betydelse liksom den stora förlusten. Eftersom jämkning med stöd av 36 § AvtL förutsätter en helhetsbedömning av samtliga omständigheter som förelåg, kan även spelarrangörens vetskap om spelberoendet vägas in liksom i vilken mån arrangören utnyttjat spelarens sjukdomstillstånd. Inga av dessa omständigheter hjälper emellertid omedelbart för att avgöra hur jämkningen egentligen skall gå till, utan utgör bara stöd för att jämkning skall ske. Frågan uppkommer därmed hur långt jämkningen skall gå. Frågan kunde formuleras skarpare så att den istället gäller vad som vore en skäligen förlust, när förhållandena var sådana att det också skulle gå att förklara hela avtalet ogiltigt med stöd av 33 § AvtL. Rättsföljden jämkning är också en annan än rättsföljden ogiltighet.

Även om det praktiska resultatet av jämkning i många fall kan bli detsamma som då avtalet förklarats ogiltigt, är jämkning och ogiltighet inte samma sak, ens då hela avtalet jämkas bort ("jämkning till noll"). En jämkning avser förpliktelse enligt avtalet, inget annat. Rätt att exempelvis få ersättning för uppkommen skada som kan följa vid ogiltighet, är inte en följd av att en förpliktelse jämkas. Fastän det var återgång av spelarens prestation som utgjorde huvudfrågan i fallet och inte om ersättning för uppkommen skada skulle utgå, var det enligt min mening riktigt att använda ogiltighetsregeln och inte jämningsregeln i detta avgörande. Jämningsbestämmelsen är en tillgång och ett användbart instrument, men det innebär inte att den skall användas varje gång det är möjligt. Ibland ger de "stelare" ogiltighetsreglerna ett bättre och mer förutsägbart resultat och en tydligare väg till ett skäligen utfall än en mer obestämd och öppen jämkning.

4. Avslutning

Många har nog betraktat 33 § AvtL som en visserligen inte obsolet, men numera praktiskt betydelselös regel. Vi upprepar pliktskyldigt att den är tillämplig i vissa situationer, men kan också konstatera att yrkanden om att ogiltigförklara ett avtal eller en rättshandling med stöd av bestämmelsen sällan bifalls av Högsta domstolen. *Nätkasinot* visar dock att bestämmelsen fortsatt kan vara av betydelse. Någon flod av rättsfall där 33 § AvtL kommer till användning är nog trots det inte att vänta, men med glesa mellanrum kommer den säkerligen även framdeles att visa sig vara den lämpligaste vägen ur ett annars bindande avtal. *Nätkasinot* belyser framför allt frågan om hur kravet på vetskap skall förstås när

företag samlar in information om sina kunder och sedan använder denna information för att anpassa sina tjänster. Detta är det verkligt viktiga i fallet och en fråga som leder långt utanför om 33 § AvtL borde komma till användning oftare.

Torbjörn Ingvarsson