



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 14.05.2012 i Oslo tingrett,

Saksnr.: 11-090506TVI-OTIR/01

Dommer: Tingrettsdommer Axel Slettebøe

Meddommere: Daglig leder Ole Edon Johansen
Nancy Amanda Hessen

Saken gjelder: Erstatning på objektivt grunnlag for ugyldig forvaltningsvedtak fra Forbrukerombudet

Mobile Marketing AS
Arne Fjeld

Advokat Tor Even Gjendem
Advokat Tor Even Gjendem

mot

Barne-, Likestillings og
Inkluderingsdepartementet

Advokat Ola Øverseth Nisja

DOM

Saken gjelder

Saken gjelder spørsmålet om staten er erstatningsansvarlig for tap som følge av forbudsvedtak og vedtak om tvangsmulkt som Forbrukerombudet fattet med hjemmel i markedsføringsloven, og som etter klage ble opphevet av Markedsrådet idet det ble lagt til grunn at vedtakene var fattet på et uriktig faktisk grunnlag.

Fremstilling av saken

Mobile Marketing AS ble stiftet i 2006 og er en videreføring av virksomhet som ifølge Arne Fjeld (som da het Svein Arne Fjeld) opprinnelig ble startet gjennom selskapet Først og Sist AS, stiftet i 1997. Arne Fjeld er daglig leder, styreleder og er i dag enesaksjonær i selskapet.

Driften i Mobile Marketing As opphørte og de ansatte ble sagt opp høsten 2009 etter at Forbrukerombudet hadde fattet forbudsvedtakene som saken gjelder, og saksøkerne ikke hadde fått medhold i begjæring om midlertidig forføyning, jf. nedenfor.

Mobile Marketing AS tilbød profesjonelle markedsføringstjenester på Internett, herunder utsendelse av elektronisk markedsføring til forbrukere. Selskapet ble hyppig anvendt *"både som eksterne konsulenter til å bygge egne kundebaser for markedsledende aktører og ved å utarbeide kampanjer som ble kjørt på samtykkedatabasen som selskapet hadde bygd opp"*, og samlet betegnes denne type virksomhet (etter det opplyste) *"Costumer relationship management"* (CRM). Det var ifølge saksøkerne ikke klager mot selskapet før i 2008 *"til tross for at selskapet har stått for tilnærmet like stor trafikk i alle år"*.

Utsendelsen til forbrukerne var ment å være basert på forutgående samtykke fra forbrukere slik som bestemt i tidligere markedsføringslov § 2b. Denne bestemmelsen er videreført i markedsføringsloven av 9. januar 2009 nr. 2 § 15 som trådte i kraft 1. juni 2009.

Samtykkene ble ifølge saksøkerne normalt innhentet elektronisk i forbindelse med at forbrukerne deltok i konkurranser på Internett. Forbrukeren oppga i denne forbindelsen e-postadresse, navn og eventuell adresse og telefonnummer, samtidig som det ble krysset av for om man ønsket å motta informasjon/markedsføring fra vedkommende annonsør og eventuelt også fra Absolute Interactive eller Absolute Marketing som er navn (omtalt som "brand") som Mobile Marketing AS brukte på sin virksomhet i slike sammenhenger. De som samtykket fikk deretter tilsendt reklame til sin e-postkasse gjennom *"Absolute Marketing Nyhetsbrev"* som eies og drives av Mobile Marketing AS.

Samtykkebasen var ifølge Arne Fjeld på 700 000 samtykker i 2006 og var da en av Norges største samtykkebaser. Ca. 90 000 samtykker ble bl.a. innhentet i 2003 i forbindelse med

Idol-kampanjen (da Kurt Nilsen vant). Kampanjen ble satt opp på selskapets servere i samarbeid med Tv2 og NetCom. På dette tidspunktet ble virksomheten fortsatt drevet gjennom Først og Sist AS.

Basert på klager i 2008 og 2009 la Forbrukerombudet til grunn at reklamehenvendelser også ble sendt i strid med markedsføringsloven § 2b (nå § 15) til forbrukere som ikke hadde samtykket.

I brev av 2. juni 2008 ble Mobile Marketing AS orientert av Forbrukerombudet om forbudet i markedsføringsloven § 2b. Bakgrunnen for brevet var at Forbrukerombudet hadde mottatt klager fra 64 personer som hadde fått markedsføring fra mobilselskapet Mobildeal til mobiltelefonene sine via SMS. Avsender i meldingene var Absolute Marketing og meldingene ble sendt ut på grunnlag av Mobile Marketing AS sin samtykkebase. Mobile Marketing AS v/Svein Arne Fjeld svarte skriftlig på Forbrukerombudets brev den 6. august 2008. Dokumentasjon på at det skulle være innhentet samtykke fra klagerne i saken var vedlagt brevet. Forbrukerombudet konkluderte med at samtykkeerklæringene var for generelt utformet til å tilfredsstille kravene til samtykke i markedsføringsloven § 2b. Mobile Marketing AS ble bedt om å endre utformingen av informasjonen som ble gitt i tilknytning til samtykkeerklæringene, slik at forbrukerne fikk tydelig informasjon om hva de ga samtykke til. Forbrukerombudet avsluttet SMS-saken i brev av 28. november 2008. Det ble forutsatt at Mobile Marketing AS innrettet seg etter ombudets standpunkt i fremtidig markedsføring, og at det ikke på nytt ville bli sendt ut markedsføring via SMS i strid med markedsføringsloven § 2b.

Ifølge saksøkte fikk Forbrukerombudet den første klagen som denne saken gjelder (og som ledet til forbudsvedtakene) den 10. september 2008. Klageren reagerte på at han hadde fått tilsendt e-postreklame fra Absolute Marketing AS uten å ha samtykket til dette på forhånd. På spørsmål fra Forbrukerombudet opplyste Mobile Marketing at samtykket var innhentet i forbindelse med en konkurranse på Internett.

Senere i 2008 mottok Forbrukerombudet klager fra ytterligere 15 personer som alle hevdet å ha mottatt e-postreklame uten at forhåndssamtykke var gitt.

Den 29. januar 2009 ble det avholdt møte med Mobile Marketing AS hos Forbrukerombudet foranlediget av tidligere klager og informasjon fra Mobile Marketing AS om at mange av samtykkene skulle ha blitt innhentet gjennom Smart Clubs "Vinn julehandelen"-kampanje. Forbrukerombudet hadde forut for møtet fått informasjon fra Smart Club ved e-post av 14. januar 2009 om tidspunktene for vervekampanjene i 2007 og 2008 samt hvilke datoer kundeavisen hadde vært sendt ut. Forbrukerombudet hadde før møtet også fått inn to nye klager i januar 2009 som ble overlevert saksøkerne i møtet og saksøkerne ble bedt om å oversende dokumentasjon på at disse klagerne hadde gitt samtykke i samsvar med kravene i markedsføringsloven § 2b. Ifølge Arne Fjeld ble Mobile

Marketing AS sine rutiner gjennomgått i møtet den 29. januar 2009 og Forbrukerombudet ble invitert til å se den tekniske gjennomføringen (for innhenting av samtykker mv.) i selskapets egne lokaler, et tilbud som ifølge Fjeld ikke ble fulgt opp før Forbrukerombudet fattet sine forbudsvedtak. Det fremgår av Forbrukerombudets oppsummering av møtet at Forbrukerombudet mente at bruk av ord som *"nyhetsbrev, informasjon"* og lignende i forbindelse med innhenting av samtykke til å motta markedsføring, *"ikkje er heilt tydeleg og eintydig for forbrukarar. For å sikre at samtykket som vert gitt er informert og uttrykkelig, oppfordra vi vi dykk difor til å unngå desse orda i samband med samtykkeerklæringa. Dykk opplyste at dykk i framtida vil bruke ordet markedsføring i samband med samtykkeerklæringa"*. Arne Fjelds sluttinntrykk fra møtet var at Forbrukerombudet oppfattet driften å være i samsvar med gjeldende regelverk, og at Forbrukerombudet var fornøyd idet Mobile Marketing AS stadfestet at de ville endre informasjonen som ble gitt i forbindelse med innhenting av samtykke.

Hvordan Smart Club sine kunder hadde samtykket var det også fokus på i møtet 29. januar 2009. Selskapet ble bedt om å dokumentere at de som hadde klaget på e-postereklame fra Mobile Marketing AS, hadde gitt samtykke til å motta dette. Ved e-post av 4. februar 2009 oversendte Marketing AS all dokumentasjon for IP-adresse, samtykketidspunkt, registrert navn, registrert e-postadresse, samt skjermbilde av samtykkeskjema forbrukerne hadde benyttet forut for sine klager. Forbrukerombudet fant imidlertid at Mobile Marketing AS sin opplysning om tidspunktet for innhenting av samtykkene, ikke var sammenfallende med de opplysninger som var innhentet hos Smart Club om tidspunkt for vervekampanjer og utsendelser av kundeavis. Forbrukerombudet konkluderte med at Mobile Marketing AS ikke hadde sannsynliggjort at det var innhentet samtykke til å sende markedsføring til klagerne som skulle ha deltatt i Smart Club-kampanjen.

På denne bakgrunn ble Mobile Marketing AS i brev av 4. mars 2009 bedt om å bekrefte at de ikke ville bruke personopplysninger som var innhentet gjennom kampanjer i samarbeid med Smart Club til utsendelse av markedsføring via e-post. Forbrukerombudet ba selskapet om også å bekrefte at de i fremtiden ikke ville sende markedsføring til personer som ikke hadde gitt samtykke til dette. I tillegg ba Forbrukerombudet selskapet om å forsikre seg om at de fulgte markedsføringsloven § 2b tredje ledd ved å sørge for å ha en fungerende avmeldingsfunksjon. Mobile Marketing AS ble gjort oppmerksom på Forbrukerombudets og Markedsrådets kompetanse til å fatte forbudsvedtak etter markedsføringsloven.

Deretter, i perioden fra 13. til 18. mars 2009, fikk Forbrukerombudet inn ytterligere 4 klager på uønsket markedsføring via e-post.

Mobile Marketing AS svarte i brev av 20. mars 2009 at de innhentede samtykkene fra Smart Club-kampanjer var gyldige (idet Forbrukerombudet blant annet hadde mottatt mangelfulle opplysninger om tidspunktene for vervekampanjene fra Smart Club), men at

selskapet likevel valgte å innrette seg etter Forbrukerombudets vurdering og ville fjerne disse adressene fra mailinglisten.

Forbrukerombudet fortsatte å motta klager fra personer som opplyste å ha mottatt e-postreklame uten at forhåndssamtykke forelå. I perioden fra 2. til 29. april 2009 mottok Forbrukerombudet 6 nye klager.

Ved brev av 5. mai 2009 varslet Forbrukerombudet v/avdelingsdirektør Gry Nergård at det ville bli fattet forbudsvedtak i saken med mindre selskapet kunne legge frem dokumentasjon som sannsynliggjorde at det var innhentet samtykker fra klagerne i tråd med markedsføringsloven § 2b. I brev av samme dato varslet Forbrukerombudet også om at det ville bli fattet vedtak mot Arne Fjeld som daglig leder i Mobile Marketing AS. I varselet ble det konstatert at selskapet ikke hadde svart på Forbrukerombudets brev av 4. mars 2009 der selskapet ble bedt om stadfeste skriftlig at selskapet i fremtiden ikke ville sende ut markedsføring til fysiske personer som ikke hadde gitt samtykket til dette: *”Vi kan ikkje sjå å ha fått slik stadfesting i svarbrevet dykkar av 20. mars. Når vi no på nytt får mange klagar frå forbrukarar som får tilsendt reklame via e-post utan å ha gitt samtykke til dette på førehand, vurdererar vi det slik at det ikkje er oppnådd frivillig ordning i saka, jf. mfl. § 14”.*

På bakgrunn av varselet kontaktet saksøkerne advokat Erling Langseth for bistand.

Den 14. mai 2009 ble det avholdt styremøte i Mobile Marketing AS hvor styret besluttet at:

P.g.a. varsel om forbudsvedtak fra FO ser vi det nødvendig å omgående nedlegge aktiv drift av forbrukerdatabasen inntil advokat Einar Langseth får avholdt møte med FO for å diskutere videre drift og anbefalinger FO har til forbrukerdatabasens brukergrensesnitt og system.

Det er omtvistet hvorvidt Forbrukerombudet var kjent med dette styrevedtaket da de varslede forbudsvedtakene senere ble fattet, jf. nedenfor.

I brev av 26. mai 2009 bekreftet advokat Einar Langseth på vegne av selskapet at *”selskapet vil innhente de nødvendige samtykker før det sendes ut markedsføring til fysiske personer”.* Det ble opplyst at databasen til Mobile Marketing AS bare inneholdt e-postadresser som forbrukerne selv hadde oppgitt i forbindelse med at de hadde gitt samtykke etter loven § 2b. Som dokumentasjon ble det fremlagt kopi av skjermbilde for kampanjer der samtykke fra de siste 11 klagerne hadde blitt innhentet. Videre ble det inntatt i brevet et skjema (en tabell) med oppstilling av hvilke e-poster disse klagenes gjaldt, hvilken kampanje e-postadressene var innhentet fra, hvilke navn som var registrert i den forbindelse, vedkommende sin mobiltelefonnummer, eventuell postadresse, IP-adressen samtykket var avgitt fra og hvilken dato samtykket var gitt. Mobile Marketing AS bekreftet at de hadde justert sin praksis, i tråd med henstillinger fra Forbrukerombudet, og at selskapet fortsatt opererte i tråd med hva som var fremkommet i tidligere dialog med Forbrukerombudet. Det ble understreket at man ikke kunne gardere seg mot at det kom

klager fra forbrukere som det var innhentet samtykke fra. Det ble ellers pekt på at Mobile Marketing AS hadde en database med 700 000 samtykker og at selskapet frem til 26. mai 2009 hadde distribuert 21 471 016 nyhetsbrev: *"De 11 klagerne utgjør dermed ca. 0,0015 % av antall forbrukere i Mobile Marketing AS sin database og ca. 0,00005 % av nyhetsbrevene"*, og anført at: *"Omfanget av virksomheten tilsier med andre ord at det hadde vært oppsiktsvekkende om ingen av forbrukere som får tilsendt nyhetsbrev hadde reagert negativt. Imidlertid fremgår det av tallene nedenfor at de fleste reagerer ved å sende avmelding til selskapet, og at kun en marginal andel klager til Forbrukerombudet"*.

Det ble i advokat Langseths brev av 26. mai 2009 bedt om møte med Forbrukerombudet. Begjæring om møte med Forbrukerombudet ble deretter forgjeves gjentatt ytterligere minst 2 ganger av saksøkerne og deres advokat for *"å få klarlagt nødvendige kjøreregler for at driften av basen skulle anses legitim"*. I brevet av 26. mai 2009 uttales det på side 4 at selskapet tar *"klagene alvorlig og vil på nytt se på sine rutiner for håndtering av avmeldinger. Det er også ønskelig med et nytt møte med Forbrukerombudet, for å avklare om Forbrukerombudet har forslag til ytterligere tiltak som kan settes i verk for at selskapet skal kunne få så gode rutiner som mulig. Mobile Marketing AS ønsker å presisere at markedsføring pr e-post innenfor lovens rammer er en legitim, miljøvennlig og brukervennlig reklameform. Selskapet ønsker å fortsette sin dialog med Forbrukerombudet og håper at dette kan bidra til at denne delen av reklamebransjen kan operere innenfor klare og forutsigbare rammer"*.

Den 11. juni 2009 videresendte Forbrukerombudet brevet fra Mobile Marketing AS til de aktuelle klagerne og bad om kommentarer til de opplysninger og den dokumentasjonen som selskapet hadde fremlagt. Forbrukerombudet fikk tilbakemelding fra 10 av 11 klagerne i saken. Tilbakemeldingene fra flere av klagerne var ifølge Forbrukerombudet at de var *"klar på at dei ikkje har samtykka til å få tilsendt markedsføring frå Mobile Marketing AS gjennom Absolute Marketings nyhendebrev"*, jf. Forbrukerombudets brev av 23. juni 2009. Ellers kunne de ikke huske å ha deltatt i de nevnte kampanjene. En av de som svarte, var Kjersti Rønning Haug som er seksjonssjef Frode Elton Haugs ektefelle. Hun opplyste i e-post av 14. juni 2009 at hun aldri hadde deltatt i kampanjen som Absolute Marketing hevdet, og at informasjonen om IP-adressen var *"falsk"* idet hun aldri hadde vært oppkoblet til Hardanger Breiband *"som denne adressen hører til"*.

Forbrukerombudet mottok deretter ytterligere klager som ble oversendt til Mobile Marketing AS ved brev av 23. juni 2009. I brevet varslet Forbrukerombudet at det var grunnlag for å fatte forbudsvedtak i saken, da det på nytt var sendt ut markedsføring til fysiske personer uten forutgående samtykke. Klagene (i alt 5 stk.) ble oversendt Mobile Marketing AS v/advokat Einar Langseth: *"Vi tar i mot eventuelle kommentarer eller dokumentasjonar for også desse klagane, men vil understreke at Forbrukerombudet etter vår vurdering har tilstrekkeleg grunnlag for å fatte forbudsvedtak i saka uavhengig av dei siste klagane"*. Frist for eventuelle kommentarer til klagene ble satt til 1. juli. Fristen ble

etter telefonhenvendelse fra advokat Bø i Advokatfirmaet Langseth, forlenget til 6. juli 2009. I svarbrevet fra advokat Bø ble det hevdet at Mobile Marketing AS hadde fremlagt tilstrekkelig dokumentasjon for at det var avgitt samtykke fra mottakerne, og de ba igjen om møte med Forbrukerombudet *”for å redegjøre fullstendig for det faktiske grunnlaget for samtykkene som er innhentet”* slik at saken blir tilstrekkelig belyst, og *”at alle sider av saken blir belyst på en slik måte at misforståelser unngås”*. Det ble vist til at det ville få alvorlige konsekvenser for saksøkerne dersom Forbrukerombudet bygget på den fremstillingen av de faktiske forhold som enkelte av klagerne ga:

Ikke bare vil det innebære en belastning for dem at vedtaket i så fall vil bygge på at det skal ha blitt begått straffbare handlinger, men også fordi et slikt vedtak vil få alvorlige konsekvenser for den tillit som er nødvendig for å kunne levere markedsføringstjenester til store, seriøse kunder, som ikke ønsker å bli identifisert med useriøs markedsføring. Videre vil et forbudsvedtak få alvorlige økonomiske konsekvenser for Mobile Marketing AS, som i stor grad baserer sin drift på elektronisk markedsføring, og et forbudsvedtak vil kunne føre til at flere av de 6 arbeidsplassene vil gå tapt.

Ellers ble klagen kommentert. Når det gjaldt opplysningene fra Frode Elton Haugs ektefelle, ble det opplyst i brevet at:

**Våre klienter kan bare på ny bekrefte at samtykket ble registrert med IP-adressen oppgitt i forrige brev, og at følgende ”http”-forespørsel ble sendt fra Flach til server backend: ”data.cgi?action=new&subscribe_1=ja&subscribe_2=ja&first_name=kjersti&last_name=Rønning&email=kj-rhaug@online.no&phone=93260836”
Mobile Marketing AS har ikke mottatt e-postadressen, mobiltelefonnummeret mv. av Aftenposten.**

Dette er et eksempel på datastrengen (før "vask") som ble generert i forbindelse med at forbrukeren deltok i Mobile Marketing AS sine kampanjer/nett-konkurranser.

Ellers ble det i advokat Bø sitt brev gitt nærmere opplysninger om samtykkene som forelå fra de fem nye klagerne, om hvilken kampanje e-postadressene var innhentet fra, hvilket navn som var registrert i den forbindelse, vedkommende sitt mobilnummer, eventuell postadresse, IP-adressen samtykket var gitt fra, hvilken dato samtykket var avgitt og om e-postadressen var slettet i databasen. Det fremgår ifølge brevet at det var innhentet samtykke fra samtlige klager. Avslutningsvis i brevet ble det konstatert at det ikke forelå grunnlag for noe forbudsvedtak, og bedt om at det uansett ble besluttet utsatt iverksetting av vedtaket etter forvaltningsloven § 42:

Dette gjelder særlig pga. de alvorlige og uopprettelige konsekvenser et forbudsvedtak vil få for Mobile Marketing AS. ... Sakens kjerne dreier seg dessuten om ren bevisvurdering, som kan prøves fullt ut av både Markedsrådet og domstolene. For at overprøvingsadgangen skal være reell betyr dette at Mobile Marketing AS også må gis anledning til å gå videre med saken.

Forbrukerombudet v/fungerende forbrukerombud Lars Grøndal fattet deretter, den 9. juli 2009, vedtak mot Mobile Marketing AS og Arne Fjeld (som da fortsatt het Svein Arne Fjeld) med følgende slutninger:

1. Forbrukerombudet forbyr Mobile Marketing utan mottakarens føregående samtykke å rette marknadsføringshenvendelsar til fysiske personar ved elektroniske kommunikasjonsmetodar som tillet individuell kommunikasjon, til dømes e-post eller SMS, i strid med marknadsføringslova § 15.

2. Mobile Marketing AS skal betale tvangsmulkt på 200 000 – tohundre tusen – kroner kvar gong firmaet bryt eller medverkar til brot på dette vedtaket.

og

1. Forbrukerombudet forbyr Svein Arne Fjeld utan mottakarens føregående samtykke å rette marknadsføringshenvendelsar til fysiske personar ved elektroniske kommunikasjonsmetodar som tillet individuell kommunikasjon, til dømes e-post eller SMS, i strid med marknadsføringslova § 15.

2. Svein Arne Fjeld skal betale tvangsmulkt på 100 000 – hundre tusen – kroner kvar gong han bryt eller medverkar til brot på dette vedtaket.

Begrunnelsen for vedtakene er tilnærmet likelydende. Saksøkernes gjentatte ønsker om møte med Forbrukerombudet for å komme til en frivillig ordning, ble omtalt slik i forbudsvedtaket:

Bø (dvs. advokat Bø, rettens anm.) opplyste videre at selskapet var positive til å stille i eit møte med Forbrukerombudet for å diskutere dei konkrete klagane og kva endringar som kunne gjerast i selskapets rutinar for å unngå framtidige brot på marknadsføringslova. Partana hadde eit slikt møte 29. januar 2009, samstundes som det på dette tidspunktet er eit spørsmål om innklaga kan legge fram tilfredsstillande dokumentasjon for samtykke frå klagarane. På den bakgrunn meint Forbrukerombudet at det meste føremålstenelege ville vere at eventuelle tilleggskommentarar til dokumentasjonen og dokumentasjone for dei siste klagane kom skriftleg.

Den 13. juli 2009 sendte Forbrukerombudet ut pressemelding om forbudsvedtaket som var fattet mot Mobile Marketing AS og firmaets daglige leder, og hvor blant annet følgende fremgår:

Etter gjentatte brudd på markedsføringsloven § 15, har Forbrukerombudet fattet forbudsvedtak mot Mobile Marketing AS og firmaets daglige leder. – Det er ikke lov å sende ut e-postreklame til personer som ikke har gitt samtykke til å motta det, sier seksjonssjef Frode Elton Haug. I juni 2008 fikk Forbrukerombudet de første klagene fra forbrukere som mottok uønskede e-poster og SMSer fra firmaet Mobile Marketing AS. Etter å ha mottatt over 100 klager det siste året, har ombudet nå fattet forbudsvedtak for gjentatte brudd på markedsføringslovens paragraf 15 (tidligere § 2b). I flere omganger har selskapet fått mulighet til å dokumentere at de som har klaget på e-postreklame fra Mobile Marketing har gitt samtykke til å motta dette. Forbrukerombudet har etter å ha sett dokumentasjonen konkludert med at den ikke er tilstrekkelig til å bevise at det er innhentet samtykker fra klagerne.

Vedtakene ble også en av hovedsakene i Lørdagsrevyen på NRK1 den 11. juli 2009 med overskriften *”Spam på internett”* og *”Truer med bøter for ulovlig epostreklame”*. Forbrukerombudet v/seksjonssjef Frode Elton Haug omtaler Mobile Marketing AS som *”en av de største synderne i Norge på søppelpost”*. Han uttaler videre at *”dette er en veldig alvorlig sak på den måten at dette er en av de største sånn spam-sakene som vi har sett i Norge til nå”*. I reportasjen trekkes frem Mobile Marketing AS sine nøkkelkunder Elle, Disney, Aftenposten og Widerøe som seriøse aktører som har sendt ut lovlig reklame som følge av sitt samarbeid med Mobile Marketing AS. Informasjonssjef i Widerøe, Siw Sandvik, sier i innslaget at de aldri ville ha benyttet seg av Mobile Marketing om de hadde visst at retningslinjene ikke ble fulgt, og at om Forbrukerombudet sine opplysninger stemmer, anser kunden det som et tillitsbrudd.

Forbudsvedtakene fikk også en rekke andre presseoppslag, blant annet i VG Nett under overskriften ”*E-postreklame straffes med 200.000*”, i Dagbladet under overskriften ”*Spam skal svi*”, i Aftenposten og E24 samt i bransjeartikler fra Kampanje og Hardware.no.

Forbrukerombudet hadde i begge vedtakene besluttet at vedtakene *ikke* skulle gis *utsatt iverksettelse* etter forvaltningsloven § 42.

Den 14. juli 2009 ble det fra Mobile Marketing AS og Svein Arne Fjeld sin side begjært midlertidig forføyning for at Forbrukerombudets vedtak av 9. juli 2009 ikke skulle tre i kraft før klage på vedtaket var behandlet av Markedsrådet. Det ble hevdet at vedtaket var ugyldig på grunn av feil faktum, feil ved rettsanvendelsen og feil ved saksbehandlingen.

Den 30. juli 2009 ble det fremsatt ”*foreløpig*” klage til Markedsrådet fra Mobile Marketing AS, representert ved advokatfirmaet Langseth, på Forbrukerombudet vedtak. Det ble i klagen vist til begjæringen om midlertidig forføyning og opplyst at nærmere begrunnelse for klagen ville bli gitt så snart kjennelsen fra Oslo byfogdembete forelå.

I forbindelse med Oslo byfogdembete sin behandling, anførte staten blant annet at ”*alt tyder på*” ”*at det er langt flere enn de som har sendt inn klage som har mottatt e-poster uten samtykke*” og erkjent at vedtaket rammet ”*den næringsdrivende relativt hardt, men er ikke infamerende*”.

Begjæringen om midlertidig forføyning ble ikke tatt til følge. Det vises til Oslo byfogdembete sin kjennelse av 4. august 2009. Oslo byfogdembete fant at Mobile Marketing AS ikke hadde sannsynliggjort sitt hovedkrav. Retten kunne ikke se at det forelå feil ved Forbrukerombudets vedtak som tilsa at vedtakene var ugyldige.

Saksøkerne har fra Oslo byfogdembete sin kjennelse særlig trukket frem rettens beskrivelse av forretningsdriften i Mobile Marketing AS:

Retten anser det som sannsynlig at saksøkerne har hatt et ønske om å opptre lojalt i forhold til kravet om forhåndssamtykke fra forbrukerne før utsendelse av e-post. De har velrenomerte firmaer som sine kunder, og kundene er opptatt av at markedsføringslovens regler følges. At saksøkerne følger lovens regler vil derfor være av betydning for kundens tillit.

Saksøkerne har videre vist til at det av kjennelsen fremgår at staten anførte at en forføyning ikke var egnet til å avverge en skade eller ulempe idet skade og ulempe allerede inntrådte for saksøkerne da vedtaket ble truffet, og tilliten i markedet allerede var tapt:

Dessuten er staten søkegod, og et eventuelt erstatningskrav vil være i behold”.

Det er omtvistet om staten ved dette erkjente årsakssammenheng og erstatningsansvar dersom saksøkerne senere fikk medhold i Markedsrådet.

Forbrukerombudet sendte deretter ut en ny pressemelding den 5. august 2009 om at Oslo byfogdembete hadde opprettholdt Forbrukerombudet forbudsvedtak mot Mobile Marketing og selskapets daglige leder:

Byfogden har kommet frem til at Forbrukerombudets vedtak av 9. juli er gyldig, og at selskapet kan ilegges tvangsmulkt hvis de igjen bryter markedsføringslovens § 15. Kjennelsen er et viktig skritt på veien for å begrense mengden uønsket e-post som sendes ut til forbrukerne, sier fungerende forbrukerombud Jo Gjedrem.

Oslo byfogdembete sin kjennelse ble ikke anket og ble dermed rettskraftig.

Den 3. september 2009 ble det etter Mobile Marketing AS sitt ønske avholdt et "oppklaringsmøte" med Forbrukerombudet for, slik retten har oppfattet saksøkerne, å komme i en konstruktiv dialog med Forbrukerombudet og for å avklare mulighetene for fortsatt drift, noe som ikke førte frem. De ansatte i Mobile Marketing AS ble deretter sagt opp den 30. september 2009 "for å begrense tapene i selskapet". Som begrunnelse for oppsigelsene ble det vist til Forbrukerombudets vedtak. Videre solgte Arne Fjelds forretningspartner, Esben Hansen, sine aksjer (36% eller 37%) i selskapet til Fjeld for en "helt symbolsk sum" (Fjeld: "ca. kr. 200 000"). Med sitt kjennskap til bransjen og vedtakets konsekvenser, anså Hansen ifølge Fjeld at "selskapet hadde mistet all fremtidig verdi".

Ved e-post av 12. november 2009 til Arne Fjeld reiste daværende forbrukerombud Bjørn Erik Thon spørsmål om klagen til Markedsrådet ble opprettholdt:

Jeg forstår at advokat Langseth ikke lenger bistår deg og ditt firma. Det hadde imidlertid uansett vært greit å få en nærmere avklaring på hvorvidt dere ønsker å opprettholde klagen til Markedsrådet. I så fall vil vi begynne arbeidet med sammendraget.

Saksøkerne har vist til at forbrukerombudet personlig hadde lovet snarlig oversendelse av saken til Markedsrådet, og at det likevel ikke hadde skjedd noe før forbrukerombudet reiste spørsmål om klagen ble opprettholdt. Staten har på sin side vist til at det i den foreløpige klagen var opplyst at man ville komme tilbake med en nærmere begrunnelse for klagen etter at Oslo byfogdembete hadde avsagt sin kjennelse. Noen slik nærmere begrunnelse var ikke gitt da forbrukerombudet reiste spørsmålet klagen ble opprettholdt. Staten har videre anført under henvisning til Bjørn Erik Thons forklaring at det på bakgrunn av møtet 3. september 2009, var fullt forsvarlig å være usikker på hva selskapet ønsket videre.

I e-post av 1. desember 2009 fra Advokatfirmaet Staff meldte advokat Farah Ali seg som ny prosessfullmektig for Mobile Marketing og Arne Fjeld, samtidig som det ble bekreftet at klagen på Forbrukerombudets vedtak ble opprettholdt. Det ble varslet at tilleggsskriv til klagen ville bli inngitt.

Saken ble oversendt til Markedsrådet ved Forbrukerombudets ekspedisjon av 30. mars 2010 og tilleggsskriv til klagen ble gitt i brev av 5. mai 2010 fra Advokatfirmaet Staff v/advokat Tor Even Gjendem.

Markedsrådets behandling av saken fant deretter sted den 27. mai 2010. Nytt møte ble avholdt den 21. juni 2010 idet Markedsrådet fant det hensiktsmessig å fortsette bevisføringen i saken i et nytt møte for at Mobile Marketing AS v/Tore André Fjell skulle gi en nærmere presentasjon av Mobile Marketing AS sine databaser med et kampanjeeksempel og redegjørelse for hvordan selskapet sikret samtykke med gjennomgang av klage og dokumentasjon av samtykker i form av datastrenger samt redegjørelse av problemer knyttet til IP-adresser.

I Markedsrådets vedtak av 27. august 2010 ble Forbrukerombudets vedtak deretter (som nevnt innledningsvis) opphevet idet Markedsrådet enstemmig la til grunn at vedtakene var fattet på et uriktig faktisk grunnlag:

Ut fra den samlede bevisførsel for Markedsrådet knyttet til de mer datatekniske sider ved innhenting, kontroll og lagring av samtykker, finner Markedsrådet at Mobile Marketing i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at det har foreligget samtykke fra de forbrukere som det har vært sendt ut markedsføringshenvendelser til. Markedsrådet kan ikke se at det etter bevisførselen er grunnlag for Forbrukerombudets anførsler om at applikasjonsloggen ikke er troverdig. Anførslene som knytter seg til at loggen er en redigerbar tekstil, og derfor ikke notorisk, synes å bero på en misforståelse av de faktiske forhold, og til dels også nokså løse spekulasjoner om at samtykker i databasen er blitt manipulert, eller at det er tale om personopplysninger som er overdratt fra andre samtykkedatabaser. Markedsrådet finner ikke bevismessige holdepunkter for disse anførsler, og slik saken står for Markedsrådet, kan det under enhver omstendighet ikke legges til grunn et beviskrav som innebærer at Mobile Marketing må motbevise at loggen ikke har blitt manipulert eller at personopplysninger er overdratt fra andre samtykkedatabaser. Etter selskapets detaljerte redegjørelse av tolkningen av de digitale signaturer/datastrenger fra registrerings skjemaene for de siste fem klagen, som ligger til grunn for Forbrukerombudets vedtak, framstår det som overveiende sannsynlig at det har vært gitt samtykke, til tross for at de aktuelle forbrukerne sin klager bestemt hevder at det ikke har vært avgitt samtykke.

Grunnen til at forbrukere som med overveiende sannsynlighet har gitt samtykke likeve klager, skyldes trolig flere ulike forhold, som at man ikke husker at man har samtykket, at man kan ha misforstått hva man har samtykket til, feilkilder knyttet til IP-adresser og liknende. Det kan nok være så at det i bransjen eksisterer forbedringspotensial for innhenting og sikring av samtykker, men Markedsrådet kan imidlertid ikke se at det er holdepunkter for at de avgitte samtykker ikke er informerte, frivillige eller uttrykkelige.

Foranlediget av bevisførselen finner Markedsrådet for øvrig grunn til å understreke at det ikke foreligger holdepunkter for – slik det har vært antydnet fra Forbrukerombudets side – at Mobile Marketing uberettiget skal ha benyttet personopplysninger fra andre samarbeidspartneres databaser. Markedsrådet viser her til at en slik aktivitet ville være i strid med selskapets egeninteresse i å unngå at det sendes reklame til mottakere som ikke ønsker dette. Både hensynet til å oppnå en effektiv og målrettet markedsføring, og hensynet til å etablere seriøse og langsiktige markedsføringskanaler, taler mot å opptre på denne måten.

Ette det resultat Markedsrådet har kommet til i spørsmålet om samtykke, er Forbrukerombudets vedtak fattet på et uriktig faktisk grunnlag, og må derfor bli å oppheve.

Når det gjelder Forbrukerombudets saksbehandling, bemerket Markedsrådet følgende:

Selv om det ikke er avgjørende for Markedsrådets konklusjon, finner Markedsrådet grunn til, foranlediget av partenes innlegg, å bemerke at flere forhold i Forbrukerombudets saksbehandling fremstår som noe uheldige. For det første er Markedsrådet overrasket over at Forbrukerombudet velger ikke å etterkomme en uttrykkelig anmodning fra Mobile Marketings advokat om et møte, hvor det angitte formålet er å bringe nærmere klaret i de faktiske forhold som ligger til grunn for

varselet om vedtak. Selv om denne anmodningen fremkom på et sent stadium i saken sett under ett, tilsier både alminnelige krav til god forvaltningsskikk, forvaltningens utrednings- og veiledningsplikt og selve forhandlingsmodellen som markedsføringsloven bygger på, at slike henvendelser fra de næringsdrivendes advokatforbindelser etterkommes, med mindre særlige forbrukerhensyn taler mot ytterligere utsettelse. Hensett til at det på dette tidspunkt også var truffet styrevedtak om å innstille aktiviteten inntil rettslig avklaring av saken i Markedsrådet forelå, og driften faktisk også ble innstilt, må det anses som tvilsomt om vilkåret i markedsføringsloven § 37 om skade/ulempe for ikke å avvende Markedsrådets vedtak var oppfylt. For det andre framstår det som uheldig at en av klagerne er ektefellen til en av de sentrale rådgiverne hos Forbrukerombudet, den sterke og ensidige mediefokuseringen i sakens tidlige fase som uheldig, i den forstand at en ikke kan utelukke at en slik vinkling av saker i offentligheten vil kunne ha uheldige innvirkninger på den etterfølgende saksbehandlingen.

- - -

Nærværende søksmål ble deretter reist ved stevning av 15. mai 2011. Retten mottok tilsvarende i saken 30. juni 2011. Planmøte ble avholdt 4. oktober 2011.

Hovedforhandlingen ble berammet i planmøtet og avholdt fra 14. mars til og med 22. mars 2012, dvs. over til sammen 7 rettsdager. Retten ble etter begjæring fra saksøkerne i stevningen satt med meddommere trukket fra det alminnelige utvalget, jf. tvisteloven § 9-12 første ledd.

Under hovedforhandlingen avga Arne Fjeld partsforklaring. For staten møtte Frode Elton Haug fra Forbrukerombudet. Han avga ikke forklaring. I tillegg avga 21 vitner forklaring. Dette var tidligere forbrukerombud Bjørn Erik Thon, tidligere advokat for saksøker Øyvind Bø, kommunikasjonssjef Siw Sandvik (ansatt i Widerøe på det aktuelle tidspunktet), regnskapsfører for Arne Fjelds selskaper Jostein Hildrum, konsulent og tidligere ansatt i Mobile Marketing Vibeke Lorentzen, tidligere ansatt og styremedlem i Mobile Marketing Tore Andre Fjeld (Arne Fjelds bror), forretningsutvikler i Direkt Media AS Jo Berner, tidligere advokat for saksøker Farah Ali, tekstforfatter i reklamebransjen Nils Petter Nordskar, daglig leder Alf Lande (vedrørende Mobile Marketing AS sin verdi før og etter vedtakene), sivilingeniør Pål Skjager Løbergh (klager, avga forklaring ved fjernavhør), lærer Eva Kristine Onstad Marstrander (klager), offiser i luftforsvaret Jon Arild Sundli Reiersølmoen (klager), miljøterapeut Torill Johansen (klager, avga forklaring ved fjernavhør fra Canada), programmerer Børge Magnus Andersen (klager), politiadvokat Eirik Trønnes Hansen (klager), It-konsulent Rune Jensen (Monet Mo i Rana), markedskoordinator i Kappahl Eileen Antonsen, tidligere advokat for saksøker Einar Langseth, fagdirektør i Forbrukerombudet Jo Gjedrem og programsjef i Smart Club medlemsprogram Hilde Berge Mæhlum. I tillegg avga 3 sakkyndige vitner forklaring. Disse var Anders Brandt (partner i Idekapital AS) og investeringsrådgiver Hege Tokerud (begge vedrørende tapsberegningen) samt sikkerhetsrådgiver Jan Fredrik Leversund (vedrørende betydningen av registrerte IP-adresser som bevis). Det ble ellers foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken fra hovedforhandlingen.

Saksøkernes påstandsgrunnlag (rettslige og faktiske anførsler)

Arne Fjeld hadde skaffet seg en fantastisk markedsposisjon da Forbrukerombudet fattet sine forbudsvedtak. Han hadde stått på som gründer for å få til en bedrift i et nytt segment. Han var tidlig ute og hadde etablert en stor samtykkebase av høy kvalitet og en virksomhet med betydelige og velrenommerte kunder. Virksomheten ble ansett som seriøs i bransjen og av andre med unntak av Forbrukerombudet. Saksøkerne ønsket å opptre lojalt og var opptatt av følge reglene, noe som også ble lagt til grunn i Oslo byfogdembetes kjennelse. Driften opphørte som følge av Forbrukerombudets vedtak og påførte saksøkerne betydelige tap.

Det anføres at staten er erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag for de tap som Forbrukerombudets ugyldige forbudsvedtak har påført saksøkerne. Vedtakene ble opphevet av Markedsrådet på grunn av feil faktum. Dette er sterk ugyldighetsgrunn. Staten er bundet av Markedsrådets avgjørelse. Staten har ikke mulighet til å få overprøvd vedtaket. Det er dermed ikke nødvendig for retten å gå inn i det faktiske grunnlaget for Forbrukerombudets vedtak idet Markedsrådets vedtak er uangripelig og staten er erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag.

Det følger av Høyesteretts praksis og av juridisk teori at den sterke ugyldighetsgrunn som hefter ved vedtakene, utløser et objektivt ansvar for saksøkernes tap. Til sammenligning vises det til Rt.1960 side 1374 og Borgarting lagmannsretts dom av 02.09.2009 (LB-2009-6304) og når det gjelder juridisk teori, til Arvid Frihagen "Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten", side 509: *"Når det spesielt gjelder uriktige faktiske forutsetninger, synes dommen i Rt.1960 s. 1374 å vise at det i hvert fall kan være erstatningsgrunnlag godt nok, mao. uten hensyn til eventuell utvist uaktsomhet"*. Det vises videre til Viggo Hagstrøm "Lov og Rett", nr. 5, 2010, side 291, hvor han viser til at det eksempelvis kan være *"at de faktiske forhold er særlig uklare, slik at det er lett for forvaltningen å gjøre en unnskyldelig feil, jf. Rt.1987 side 1495. Dermed gir culparegelen liten beskyttelse. Samtidig kan det være at vedtaket har inngripende betydning for den det gjelder. I slike tilfelle kan man ikke utelukke objektivt ansvar"*.

I denne saken foreligger det også ugyldighet på grunn av hjemmelsmangel og feil i saksbehandlingen, noe som også medfører erstatningsansvar for staten på objektivt grunnlag.

Både den ulovhjemlede myndighetsutøvelsen og saksbehandlingsfeilene utløser et strengt objektivt arbeidsgiveransvar. Det rettslige grunnlaget er ulovfestede regler om ansvar for sterke ugyldighetsgrunner som er utpenslet i rettspraksis. I Rt.2010 side 291 flg. avsnitt 33 ble det lagt til grunn at det ikke gjelder noen generell regel om objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse, men på områder hvor de gjør seg gjeldende særlige hensyn har Høyesterett pålagt det offentlige et objektivt ansvar, sml. Rt.1987 side 1495 og Rt.2005 side 416. Sistnevnte avgjørelse har stor overføringsverdi idet Forbrukerombudets vedtak på

tilsvarende måte som i Rt.2005 side 416, fratok Mobile Marketing AS muligheten til å fortsette virksomheten, og vedtakene hadde også pønale trekk. At det i nærværende sak er utøvet myndighet i det offentliges interesse, tilsier i tillegg at ansvaret må være objektivt. Det er også et særlig hensyn som begrunner objektivt ansvar at Forbrukerombudet har grepet feil i anvendelsen av regler som ombudet selv forvalter, sml. Rt.2005 side 416.

I rettslig teori er det konsensus for et objektivt ansvar ved saksbehandlingsfeil uten at det tas stilling til hvilke uforsvarlige forhold som eventuelt foreligger. Ved saksbehandlingsfeil er det ifølge Peter Lødrup, Lærebok i Erstatningsrett, 6. utg. side 471 med referanse til en rekke Høyesterettsavgjørelser, ”vanlig at det drøftes om vedtaket er ugyldig, og om det er forårsaket tap. Hvis disse betingelser er oppfylt, blir erstatning tilkjent uten at det reises spørsmål om subjektiv skyld”.

Forbrukerombudet forsømte sin veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11, og sin plikt til å forsøke forhandlingsmodellen, jf. markedsføringsloven § 35 annet ledd.

Forbrukerombudet forsømte videre på ansvarsbetingende måte sin utredningsplikt etter forvaltningsloven § 17, og det foreligger saksbehandlingsfeil i form av manglende begrunnelse for vedtakene. Til sammenligning vises det til Borgarting lagmannsretts dom av 17.04.2002 (LB-2000-1785).

At Markedsrådet måtte behandle klagen i to etapper for å skaffe seg nødvendig informasjon, er blant annet et klart signal om at Forbrukerombudets saksbehandling ikke var forsvarlig.

Dessuten forelå det habilitetssvakheter knyttet til vedtakene slik som påpekt i Markedsrådets avgjørelse.

Samlet sett foreligger det dermed slike feil i saksbehandlingen at vedtakene også av denne grunn av ugyldige.

Når det gjelder hjemmelsmangel, må det legges til grunn at Forbrukerombudet tolket reglene om vedtakskompetanse feil og også overså faktiske forhold som gjorde at den uriktige tolkningen kunne anvendes. Forbrukerombudet hadde i realiteten ikke kompetanse til å fatte vedtakene fordi frivillig ordning etter forhandlingsmodellen ikke var forsøkt, jf. markedsføringsloven § 35 tredje ledd. Forbrukerombudet hadde dermed ikke kompetanse til å fatte hastevedtak etter markedsføringsloven § 37. Det var ikke konstatert brudd på markedsføringsloven § 2b (§ 15 i den nye markedsføringsloven). Det vises til varselet av 5. mai 2009 fra Forbrukerombudet hvor det uttales at ”*under føresetnad av at klagarane sine opplysningar er riktige, medfører dette at dykk har handla i strid med mfl. § 2b ved utsending av Absolute Marketings Nyhetsbrev via e-post til klagarane*”. Forbrukerombudet hadde altså ikke selv konstatert brudd, men tok forbehold om at klagernes opplysninger var

riktige. Grunnlaget for Forbrukerombudets vedtak var klager som Forbrukerombudet hadde mottatt etter 4. mars 2009, og hvor Forbrukerombudet i realiteten likestilte klagene med at det forelå brudd. Forbrukerombudet forsømte sin utredningsplikt, sin veiledningsplikt og sin plikt til å forsøke frivillig ordning. Det var dermed ikke grunnlag for, som lagt til grunn i varselet, å konkludere med at det ikke var oppnådd frivillig ordning. Mobile Marketing AS v/advokat Einar Langseth og advokat Øyvind Bø oppfordret flere ganger forgjeves til dialogmøter for at riktig faktum skulle legges til grunn, og for å komme frem til frivillig ordning. Det ble også fremlagt nye opplysninger og dokumentasjon som Forbrukerombudet ikke kan ha vurdert før Forbrukerombudet fattet sine vedtak. Forbrukerombudet hadde tidligere uriktig lagt til grunn at tidspunktene for samtykker innhentet via kampanjer for Smart Club, ikke var sammenfallende med tidspunktene for vervekampanjene og utsendelse av kundeavis. Opplysninger som Mobile Marketing AS ga om misforståelser, feil og mangler i opplysningene fra Smart Club om tidspunktene for vervekampanjene, ble ikke utredet av Forbrukerombudet. Forbrukerombudet hadde i realiteten allerede bestemt seg for at forbudsvedtaket skulle fattes da varselet ble utsendt, uten å ha avklart hva selskapet gjorde galt utover å peke på at forbrukerne klaget. Forbrukerombudets skriftlige retningslinjer gir ingen veiledning for hvilke regler som gjelder for å sikre tilstrekkelig dokumentasjon av samtykkene. Dette kan heller ikke utledes av markedsføringsloven § 15 eller dens forarbeider. Reglene gir ingen veiledning om hvordan man sikrer notoritet over at samtykkene er lovlige, og det stilles ikke krav om bruk av dobbelt opt-in-løsning. Det ble det heller ikke på annen måte gitt rettleiding til Mobile Marketing AS i hvordan dokumentasjonskravet etter loven skulle tolkes. Selskapet ble overlatt til seg selv å finne ut av hva de hadde gjort galt samtidig som de selv opplevde å drive i tråd med retningslinjene. Forbrukerombudet ga ingen veiledning i hva man ønsket oversendt. Det var ikke mulig å skille ut samtykker som var gitt på andres vegne for å øke vannersjansene. Dersom slike velmenende samtykker gitt av slekt og venner ikke lå innenfor lovens ramme, skulle dette vært avklart og gitt veiledning om i forhandlingene som Advokatfirmaet Langseth ba om, men som i stedet ble møtt med "øredøvende taushet". Mobile Marketing AS ble dermed ikke gitt mulighet til å innrette seg fordi Forbrukerombudet ikke ville si hva som var galt, og fordi Forbrukerombudet unnlot forhandlinger og unnlot å gi veiledning. Advokatfirmaet Langseth svarte på klagene som ble oversendt, og bare en virkedag etter at Forbrukerombudet hadde mottatt Advokatfirmaet Langseth sitt svar på de siste klagene ved brev av 6. juli 2009, ble forbudsvedtakene fattet. Det må ha skjedd uten at de nye opplysningene ble vurdert. Advokaten ba igjen om veiledning og insisterte på dialog samtidig som det ble vist til datastrengen for hvordan samtykket fra en av klagerne (Frode Elton Haugs ektefelle) var innkommet. Samtidig ble det reist spørsmål om en såkalt dobbelt opt-in-løsning vil tilfredsstillende krav til dokumentasjon. Dette ble ikke besvart. Først i Markedsrådet, dvs. ca. ett år etter forbudsvedtakene, fikk Mobile Marketing AS en reell mulighet til å presentere dokumentasjonen på innhentede forhåndssamtykker og å demonstrere betydningen av de automatisk genererte datastrengene som dokumenterte samtykkene.

Det forelå på bakgrunn av ovenstående ikke noe grunnlag for Forbrukerombudets hastevedtak. Frivillig ordning var ikke var forsøkt. Forbrukerombudet hadde ikke gjort en ordentlig vurdering av skadepotensialet. Rene mørketallsvurderinger ble lagt til grunn, og det ble uriktig lagt til grunn at det gjelder en nulltoleranse på dette området. Vilåret i markedsføringsloven § 37 om skade/ulempe ved å avvente Markedsrådets vedtak var ikke oppfylt. Forbrukerombudet var kjent med styrevedtaket som var fattet i Mobile Marketing AS den 14. mai 2009 (om å nedlegge aktiv drift av forbrukerdatabasen inntil avklaring forelå). Gjennom brevene fra Advokatfirmaet Langseth var Forbrukerombudet videre kjent med hvilke konsekvenser forbudsvedtak ville få for virksomheten.

Subsidiært anføres det at staten som arbeidsgiver er erstatningsansvarlig på subjektivt grunnlag etter skadeerstatningsloven § 2-1 nr. 2 fordi Forbrukerombudets fremgangsmåte ikke var faglig forsvarlig og fordi Forbrukerombudets saksbehandlere kan klandres for at feil faktum ble lagt til grunn.

Om feil faktum ble lagt til grunn, skal heller ikke i denne forbindelse opp til ny vurdering. Dette er bindende avgjort av Markedsrådet. Uaktsomhetsvurderingen er knyttet til om saksbehandlerne har opptrådt klanderverdig når det gjelder fremgangsmåten som førte til dette resultatet. Det gjelder her et strengt offentligrettslig arbeidsgiveransvar hvor kun unnskyldelig rettsvillfarelse og faglig forsvarlig fremgangsmåte kan frita det offentlige for arbeidsgiveransvaret, jf. Rt.2009 side 354 og Rt.2010 side 291.

Forbrukerombudet brøt en rekke minstekrav til forsvarlig saksbehandling etter forvaltningsloven og markedsføringsloven. Det vises til den kritikk Markedsrådet ga Forbrukerombudet for saksbehandlingen i sitt vedtak. Brudden på minstekrav til forsvarlig saksbehandling tilsier i seg selv at Forbrukerombudet har opptrådt uaktsomt og vedtakene må regnet som rettsstridige. Derved er grunn-betingelsen for uaktsomhetsansvar oppfylt, sml. Rt.1992 side 453 (Furunkulosedommen).

Forbrukerombudet opptrådte uaktsomt ved passivt å motarbeide en frivillig ordning etter forhandlingsmodellen i markedsføringsloven § 37 og ved sine brudd på veiledningsplikten. Forbrukerombudet opptrådte videre klart uaktsomt ved ikke å ha utredet saken godt nok og ved at det uriktig ble lagt til grunn at Forbrukerombudet hadde vedtakskompetanse. Markedsføringsloven §§ 35 og 37 er oversiktlige. Reglene ble tolket feil av Forbrukerombudets jurister som er satt til å forvalte reglene. Både at det dreide seg om anvendelse av nye regler og vedtakenes vidtrekkende betydning for de som rammes, tilsa en særlig aktpågivenhet. Det er videre en rekke logiske brister og manglende undersøkelser som ledet til at feil faktum ble lagt til grunn. Forbrukerombudet karakteriserer dokumentasjonen som ikke troverdig idet de oversendte tekstfilene var redigerbare og dermed ikke notoriske og umulig å vite hvordan var behandlet. Begrunnelsen var basert på en alvorlig og grunnleggende misforståelse av den virkelige verden, som ikke kan forsvares når man forvalter myndighet på et spesialisert fagområde. Den manglende

utredning har videre medført en uforsvarlig begrunnelse av vedtakene. Det stilles strenge krav til vedtakets kvalitet i relasjon til forvaltningsloven § 17 (utredningsplikten) i slike saker, sml. LB-2000 side 1785. Et forbudsvedtak er fastslått å være meget belastende for de det gjelder. Selv om begrunnelsen skulle anses å fylle kravene etter forvaltningsloven § 25, er det likevel å anses som en vesentlig saksbehandlingsfeil om begrunnelsen reiser tvil om vedtaket kan ha andre innholdsmangler, sml. blant annet Rt.1981 side 745 (Isenedommen). Den sentrale saksbehandleren var inhabil som følge av at en av de klagerne som det ble lagt mest vekt på, var hans egen ektefelle. Saken ble videre eksponert så høyt i media at Forbrukerombudet i realiteten var forhindret fra å gjøre justeringer om de så at noe var gjort galt.

Forbrukerombudets saksbehandling må i hvert fall som helhet anses å være faglig uforsvarlig. Det er adgang til å foreta en slik helhetlig vurdering av alle feilene som ble gjort fra Forbrukerombudet side, jf. Nils Nygaard, Skade og ansvar, side 247: *”Ein annan regel er ansvar for kumulative feil. Den går ut på at arbeidsgiver også hefter for summen av småfeil som er gjort av arbeidstakarane hans, når de er denne summen som har ført til skaden”*. Her har i hvert fall summen av alle saksbehandlingsfeilene ført til skaden. Det vises til de handlingsalternativer som Forbrukerombudet hadde. Skaden ville ikke ha oppstått dersom Forbrukerombudet hadde gjennomført kontradiksjon og utredning slik Advokatfirmaet Langseth ba om, eller dersom det hadde vært gjennomført en omfangsanalyse av sikre brudd, og utredet snarlig behandling og avventet utfallet av Markedsrådets behandling, i stedet for å fatte hastevedtak.

Det var uansett uaktsomt å gi Forbrukerombudets vedtak et slikt omfang med så stor inngripen overfor den næringsdrivende.

Atter subsidiært anføres det at det foreligger en lovstridig medieeksponering som gir selvstendig grunnlag for erstatning. Det vises til Markedsrådet karakteristikk av medieeksponeringen. Det var ikke riktig at det forelå over 100 klager som grunnlag for forbudsvedtakene. Det var heller ikke faktisk dekning for Forbrukerombudets omtale av saken som den største spamsaken noen sinne. De sterke karakteristikkene som ble gitt av saksøkerne gjennom Forbrukerombudets medieomtale av saken, var i realiteten basert på 10 klager. De øvrige klagene hadde det ikke vært noen form for saksbehandling og utredning av. Både i media og i Markedsrådet fremstilles saksøkerne som kriminelle aktører som stjeler fra andre aktører og distribuerer masseutsendelser i strid med loven, påstander som ble grundig tilbakevist av Markedsrådet som løse påstander, og hvor det ble uttalt at det ikke kunne utelukkes at medieeksponeringen hadde betydning for Forbrukerombudets etterfølgende behandling. Medieeksponeringen knuste mulighetene for videre drift, og var uforsvarlig og erstatningsbetingende i lys av profesjonsansvaret og den skjerpede aktsomhetsnorm som her må gjelde for Forbrukerombudet.

At det foreligger årsakssammenheng mellom Forbrukerombudets vedtak og saksøkernes tap, ble i realiteten erkjent av staten i forbindelse med Oslo byfogdembete sin behandling av saken. Det gikk også svært kort tid fra den skadevoldende handling til saksøkerne måtte konstatere at det ikke var grunnlag for videre drift. Da Markedsrådet fattet sitt vedtak året etter, var det gått for lang tid. Det vises til Anders Brandt sakkyndige vitneforklaring om den begrensede levealder en slik samtykkebase har (ca. 6 måneder). Mobile Marketing AS ønsket å drive videre, noe som ikke var mulig slik samtykkebasen til de grader ble underkjent av Forbrukerombudet.

Når det gjelder saksøkernes økonomiske tap, er disse beregnet til det påregnelige og hvor lave estimater er lagt til grunn selv om saksøkernes krav er betydelige.

På tidspunktet for Forbrukerombudets saksbehandling og vedtak var Mobile Marketing AS midt i en oppkjøpsprosess. Et meglerhus hadde utarbeidet et prospekt og var kommet langt i dialog med potensielle kjøpere. Teleplan Consulting AS som ble engasjert for å bistå med salget, takserte isolert verdien av å etablere basen til anslagsvis 50 til 70 millioner. Mobile Marketing AS hadde strukturert basen fra bunnen av på egenhånd uten ferdigkjøpt programvare og hadde således vært pioner i å konstruere en base som var søkbar for forskjellige kundegrupper, basert på alder, kjønn, prioriterte interesser, demografi mv. Dette var av stor interesse for markedsledere som Schibsted, Aftenposten, Hjemmet Mortensen Forlag, danske Come & Stay og Aller forlag. Nils Petter Nordskar som er en ubestridt nestor innen digital markedsføring i Norge, anslo salgsverdien i selskapet våren 2009 til minst 80 millioner kroner. Etter at forbudsvedtaket var et faktum, ble det raskt konkludert med at Mobile Marketing AS ikke var salgbart på grunn av Forbrukerombudets vedtak. De to sakkyndige vitnene fra Idekapital AS fikk deretter i oppdrag fra Mobile Marketing AS å beregne selskapets markedsverdi våren/sommeren 2009. Det følger av deres rapport og vitneforklaring at selskapet teoretiske verdi tillagt strategisk verdi var på inntil 80 til 100 millioner kroner. Staten har akseptert at det i forbindelse med tingrettens behandling av saken, kan legges til grunn at det våren/sommeren 2009 var ventet en årlig vekst på minimum 10 % i markedssegmentet digital markedsføring. At selskapet tap beregnes til kr 80 millioner, er dermed basert på en forsiktig vurdering. I tillegg kommer Mobile Marketing AS sine omfattende advokatutgifter etter at forbudsvedtakene ble varslet og forsøkt stanset, og som kreves erstattet med kr 157 692. Dette beløpet er innbetalt til Langseth advokatfirma til dekning av firmaets faktura og er nødvendige utgifter tatt i betraktning tapsbegrensningsplikten og Forbrukerombudets opptreden. Mobile Marketing AS sitt tap kreves etter dette erstattet med til sammen kr 80 157 692.

Subsidiært nedlegges det påstand om at erstatningen skal betales til Arne Fjeld (i tilfelle staten har rett i at det anførte tapet må anses påført Arne Fjeld som eneaksjonær på søksmålstidspunktet, og ikke selskapet).

Når det gjelder Arne Fjelds tap, ble hans omdømme så sterkt skadet av den store medielanseringen Forbrukerombudet ga forbudsvedtaket, at det ikke var mulig å selge deler av virksomheten. Oppdrag i Sverige stanset opp (på grunn av omdømmetapet) til tross for at han endret navnet fra Svein Arne Fjeld til Arne Fjeld. Vedtaket medførte i realiteten et arbeidsforbud for ham her til lands idet vedtaket rammet enhver kampanje han var involvert i. Han mistet inntektsgrunnlaget sitt i siste halvdel av 2009 og endte derfor med en lønnsnedgang i 2009 på ca. kr 350 000. Uten drift i selskapet fra slutten av 2009 hadde Arne Fjeld en inntekt på kun kr. 250 000 i 2010 gjennom arbeid i mindre konsultantselskaper, mens lønnen i 2008 hadde vært på kr 1 947 728, et inntektsnivå som ville ha fortsatt om ikke forbudsvedtaket og medieeksponeringen hadde kommet. Lidt inntektstap høsten 2009 og 2010, bruttobeløp stort kr 2 26 274. Estimert fremtidig tap i årene 2011 til og med 2013, bruttobeløp kr 3 236 211. Det vises til den fremlagte tapsberegning foretatt av Hege Tokerud basert på fremlagte likningstall og forventet statistisk lønnsvekst. Samlet krav fra Arne Fjeld utgjør på denne bakgrunn kr 5,5 millioner med tillegg av forsinkelsesrenter fra 14 dager etter påkrav i prosessvarsel den 17. desember 2010.

Saksøkerne har nedlagt slik

Påstand:

1. Staten v/Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet dømmes til å betale Mobile Marketing AS erstatning stor kr 80 157 692,- med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 01.01.2011 til betaling skjer.
Subsidiært:
Staten v/Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet dømmes til å betale til Arne Fjeld erstatning stor kr 80 157 692,- med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 01.01.2011 til betaling skjer.
2. Staten v/Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet dømmes til å betale Arne Fjeld erstatning stor kr 5 500 000,- med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 01.01.2011 til betaling skjer.
3. Mobile Marketing AS og Arne Fjeld tilkjennes sakens omkostninger med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 14 dager etter dommens forkynnelse til betaling skjer.

Saksøktes påstandsgrunnlag (rettslige og faktiske anførsler)

Det foreligger ikke noe ansvarsgrunnlag. Det kan ikke legges til grunn at staten v/sin prosessfullmektig erkjente ansvarsgrunnlag i forbindelse med Oslo byfogdembete sin behandling av saksøkernes begjæring om midlertidig forføyning. Det foreligger heller ikke grunnlag for å operere med objektivt ansvar i denne saken, og ansvar kan ikke bygges på skadeserstatningsloven § 2-1.

Det foreligger heller ingen nødvendig årsakssammenheng mellom Forbrukerombudets handlinger og de anførte tap. Kravet til adekvans er ikke oppfylt. De fremsatte krav er dessuten for høye, og en erstatning må uansett avkortes på grunn av saksøkernes egen medvirkning.

Retten er ikke bundet av Markedsrådets vurderinger. Staten har riktignok ikke selv adgang til å bringe Markedsrådets vedtak inn for domstolene, men dette legger ingen begrensninger på statens argumentasjon i denne etterfølgende erstatningsaken. Til sammenligning vises det blant annet til Rt.2010 side 291, avsnitt 45.

Saksøkerne har bevisbyrden for at samtykke etter markedsføringsloven § 15 (tidligere § 2b) foreligger.

Grunnlaget for Forbrukerombudets vedtak var at det var sendt ut markedsføring til forbrukere som ikke hadde samtykket, og grunnlaget var ikke begrenset til et mindre antall klager slik som saksøkerne hevder, men var basert på samtlige klager som Forbrukerombudet hadde mottatt, og all annen relevant informasjon.

Et samtykke i henhold til markedsføringsloven § 15 (§ 2b) skal være frivillig, uttrykkelig og informert. Det forelå ikke informert samtykke når det var spørsmål om å samtykke til "å motta informasjon" eller "å høre mer fra Absolute Marketing". Det er også spørsmål om samtykke kan anses å foreligge når samtykkene forut for 2006 var gitt til andre aktører, som Først og Sist AS etc.?

Det foreligger et stort antall troverdige klager i den fremlagte dokumentasjonen. Det må blant annet legges til grunn at ingen av klagerne som avga forklaring under hovedforhandlingen, hadde samtykket i å motta markedsføring fra Mobile Marketing AS. De fremlagte datastrenger rokker ikke ved deres forklaringer. Markedsrådet har tatt feil når applikasjonsloggen anses som mer troverdig enn det som forbrukerne har forklart. Det må videre legges til grunn at disse klagene bare representerer en liten andel av forbrukere som forut for vedtakene, hadde mottatt uønsket reklame fra Mobile Marketing.

Forbrukerombudets saksbehandling var svært grundig. Saksbehandlingen forut for vedtakene, herunder etter at Advokatfirmaet Langseth kom på banen før vedtakene ble fattet, må ses i lys av den langvarige saksbehandlingen som hadde vært.

At Forbrukerombudet praktiserer en nulltoleranse, er ikke riktig. Det hadde vært en lang rekke brudd før forbudsvedtaket til slutt ble fattet. Varselet av 5. mai 2009 må leses i lys av dette. Forbrukerombudet hadde gjennomgående mottatt lite troverdig informasjon fra Mobile Marketing AS.

Det bestrides at det foreligger feil ved Forbrukerombudets vedtak som gjorde vedtakene ugyldige.

Det er uansett ikke grunnlag for å oppstille et generelt objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse slik som anført av saksøkerne, jf. Rt.2010 side 291 hvor det ble konstatert at det ikke foreligger grunnlag for objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse. Denne dommen er fulgt opp i teori og rettspraksis. Det vises til Viggo Hagstrøm sin artikkel i Lov og Rett, nr. 5, 2010 side 285 flg. Samt LB-2009-136211 og LB-2010-12206.

Det foreligger heller ikke særlige hensyn som gir grunnlag for å oppstille et objektivt ansvar ved ulovhjemlet myndighetsutøvelse på markedsføringslovens område eller for objektivt ansvar i dette spesielle tilfellet. Vedtakene innebar ingen vidtgående inngrep og hadde ikke pønalt preg. Vedtakene ble ikke truffet i statens egeninteresse. Vedtakene var ikke til hinder for at selskapet og Fjeld kunne drive videre. Det forelå kun mulighet for tvangsmulkt dersom selskapet på nytt brøt markedsføringsloven. Å oppstille et objektivt (og for strengt) ansvar i et tilfelle som dette (og lignende tilfeller), vil kunne lede til at viktige samfunnsmessige hensyn ikke blir ivaretatt og til tilbakeholdenhet fra Markedsrådet side når det gjelder prøving av Forbrukerombudets vedtak. For "spam" spesielt er det tale om å komme et samfunnsproblem til livs som blant annet var begrunnelsen for effektiviseringen av håndheving av den nye markedsføringsloven, jf. Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) side 153.

Når det gjelder de andre grunnlagene som saksøkerne har påberopt seg for ugyldighet og dermed erstatningsansvar, er det kun arbeidsgiveransvaret etter skadeerstatningsloven § 2-1 som kan være et aktuelt ansvarsgrunnlag. Dette ansvaret er strengt dersom feil lovforståelse er lagt til grunn. Rettsvillfarelsen må i tilfelle være unnskyldelig, ellers foreligger ansvar. Hvor det foreligger et klageorgan, slik som her, må det i større grad aksepteres at det gjøres feil som kan bli rettet opp av klageorganet, sml. Rt.1997 side 345 (side 363) og Frihagen (1966) side 506 til 507.

Alle de punkter som er anført ovenfor mot objektivt ansvar, taler på tilsvarende måte mot å gjøre ansvaret etter § 2-1 for strengt. Det foreligger ikke rettslig grunnlag for en *"kumulering av feil tankegang"*.

Når det gjelder anførselen om feil faktum, anføres det prinsipalt at Forbrukerombudet la riktig faktum til grunn. Dersom retten er enig i dette, vil det ikke være nødvendig for retten

å ta stilling til om staten kan holdes objektivt ansvarlig eller ansvarlig etter skadeerstatningsloven § 2-1 for saksøkernes anførte tap.

Subsidiært anføres det at eventuell faktisk feil ikke kan ha virket inn på vedtaket. Atter subsidiært anføres det Forbrukerombudets vurdering av faktum, ikke var uforsvarlig. Det foreligger i tilfelle unnskyldelig feil fra Forbrukerombudets side.

Når det gjelder saksøkers anførsler om manglende vedtakskompetanse etter markedsføringsloven § 37, anføres det at Forbrukerombudet hadde grunnlag for å fatte vedtak uten å avvente Markedsrådets vedtak ut fra skade/ulempe-vurderingen.

Det var ikke oppnådd frivillig ordning. Forbrukerombudet hadde gjort tilstrekkelig forsøk på å oppnå frivillig ordning før vedtakene ble fattet. Dette var uansett ikke et spørsmål om vedtakskompetansen, men ville eventuelt kunne være et spørsmål om saksbehandlingsfeil. Forbrukerombudet kunne ikke akseptere frivillig ordning som var i strid med markedsføringsloven, og det er ikke Forbrukerombudets oppgave å forhåndsgodkjenne tiltak den næringsdrivende ønsker å sette i verk.

Vurderingen av om det foreligger hastekompetanse, er etter loven overlatt til Forbrukerombudet, jf. bestemmelsen ordlyd og bruken av ordene ”kan” og ”antar”. Terskelen er ikke høy. Fare for nye brudd er tilstrekkelig og vedtak er ikke betinget av store skadevirkninger. Saksbehandlingen for Forbrukerombudet tydet på at utsendelsene av markedsføringshenvendelser og dermed klagen, ville fortsette. Styrevedtaket i Mobile Marketing AS om innstilling av virksomheten inntil rettslig avklaring forelå som Markedsrådet har vist til i sitt vedtak, var ikke kommunisert til Forbrukerombudet før saken var til behandling i Markedsrådet.

Forbrukerombudet forsømte her ikke plikten til å forsøke å oppnå en frivilligordning før forbudsvedtakene ble fattet. Forbrukerombudet forsøkte å oppnå frivillig ordning fra saksbehandlingen ble iverksatt etter at de første klagen kom inn og det ble konstatert brudd. Vedtakskompetansen må sees i lys av hele saksgangen. Subsidiært anføres det hvis retten kommer til at det foreligger feil, så er feilen ikke tilstrekkelig stor til å utløse erstatningsansvar.

Det forelå ingen inhabilitet i forvaltningsloven § 6 sin forstand knyttet til Forbrukerombudets vedtak. Klageren som habilitetsinnsigelsen knytter seg til, var ikke part i saken mellom den innklagede og Forbrukerombudet, jf. § 2 annet ledd annet punktum i ”Forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv.”. Det er ikke grunnlag for Markedsrådets kritikk. Subsidiært anføres det at en eventuell inhabilitet uansett ikke har virket inn på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Atter subsidiært anføres det at hvis det foreligger feil, er feilen ikke tilstrekkelig stor til å utløse erstatningsansvar.

Det foreligger heller intet brudd på utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17 fra Forbrukerombudets side, slik som anført av saksøkerne. Saksøkerne var kompetente innenfor sitt område og hadde rådgivere. Dette har betydning for utredningsplikten. Det er ikke grunnlag for Markedsrådets kritikk. Subsidiært anføres det at et eventuelt brudd på utredningsplikten, uansett ikke har virket inn på vedtakenes innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Atter subsidiært anføres det at hvis det foreligger feil, er feilen ikke tilstrekkelig stor til å utløse erstatningsansvar.

Når det gjelder veiledningsplikten, anføres det prinsipalt at veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11 ikke er brutt. Subsidiært anføres det at eventuell feil ikke har virket inn på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Atter subsidiært anføres det at hvis feil foreligger, så er feilen ikke tilstrekkelig stor til å utløse erstatningsansvar.

Saksøkernes anførsel om ugyldighet på grunn av manglende begrunnelse, kan heller ikke føre frem. Begrunnelsesplikten etter forvaltningsloven §§ 24 og 25 er ikke brutt. Vedtakene er hver på 15 sider og oppfyller de krav til begrunnelse som følger av bestemmelsen, og som er nærmere beskrevet i Eckhoff og Smith, "Forvaltningsretten", 9. utgave, side 305 til 309. Subsidiært anføres det at eventuell feil ikke har virket inn på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Atter subsidiært anføres hvis feil foreligger, at feilen ikke er tilstrekkelig stor til å utløse erstatningsansvar.

Det anføres at det på denne bakgrunn ikke foreligger noe grunnlag for saksøkernes krav på erstatning etter skadeerstatningsloven § 2-1 på grunn av feil faktum, manglende vedtakskompetanse eller andre feil i saksbehandlingen i form av inhabilitet, brudd på utredningsplikten, brudd på veiledningsplikten eller på grunn av manglende begrunnelse for vedtakene. Forbrukerombudet kan uansett ikke klandres for eventuelle feil. Staten må derfor også frifinnes for krav på erstatning etter skadeerstatningsloven § 2-1.

Saksøkerne har heller ikke grunnlag for krav på erstatning hos staten etter skadeerstatningsloven § 2-1 på grunn av Forbrukerombudets mediehandtering. Mediehandteringen var ikke erstatningsbetingende uaktsom. Det foreligger ingen normer eller regler som tilsier at Forbrukerombudet ikke kunne gå ut i media å informere om vedtakene, tvert i mot, jf. "Forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv." § 3. Mediehandteringen må her sees i lys av den medieoppmerksomhet som hadde vært. Det var dessuten saklig informasjon som ble gitt fra Forbrukerombudets side. Mobile Marketing AS ble ikke omtalt som en versting av Forbrukerombudet. Det er ikke grunnlag for Markedsrådets kritikk.

Kravet til årsakssammenheng mellom Forbrukerombudets vedtak og tapene, er uansett ikke oppfylt. Vedtakene innebar intet yrkesforbud. Mobile Marketing AS kunne fortsettes virksomheten. Tvangsmulkt ville ikke bli utløst uten at Mobile Marketing AS på nytt brøt

forbudet mot å sende markedsføring til forbrukere som ikke hadde samtykket. At saksøkerne valgte å innstille virksomheten, må skyldes at saksøkerne selv innså at databasen ikke var god nok.

Kravet til adekvans er uansett ikke oppfylt. Tapene som anføres å foreligge, er ikke adekvate/påregnelige som følge av Forbrukerombudets handlinger. Det gevinsttap som kreves erstattet, nyter dessuten et svakere erstatningsrettslig vern, jf. Bjarne Thorson, *"Erstatningsrettslig vern for rene formuestap"*, side 284 og 285.

Et eventuelt erstatningsansvar må uansett lempes etter skadeerstatningsloven § 5-1 på grunn av saksøkernes egen medvirkning. Etter denne bestemmelsen kan erstatningen avkortes hvis skadelidte selv var skyld i det som skjedde. Mobile Marketing AS sin samtykkebase hadde slike svakheter at saksøkerne selv valgte å legge ned driften og medvirket dermed til skaden selv. Saksøkerne kunne valgt å drive videre med den aktive delen av databasen forutsatt at man var sikre på at samtykke forelå her. Det forelå imidlertid ikke adgang til *"dobbel opt in henvendelser"* til forbrukere i den aktive delen av basen for å innhente eller avklare om samtykke forelå. Uten samtykke, ville dette i seg selv innebære brudd på markedsføringsloven, jf. Ot.prp.nr.62 (1999-2000), side 23 første spalte.

Atter subsidiært anføres det at erstatningskravene er alt for høye. Mobile Marketing AS tap er beregnet som et gevinsttap som i tilfelle vil foreligge på aksjonærens hånd.

Saksøkerne har ikke dokumentert terminering eller heving av kontrakter, eller avlyste kampanjer som følge av Forbrukerombudets vedtak. Den anførte salgsprosess forut for vedtakene, fremstår som sonderende. Den fremlagte verdivurdering er beheftet med usikkerhet og bygger på forutsetninger om samtykkebasens kvalitet som ikke stemmer med sakens faktum. Verdivurderingen bygger videre på løse antakelser om nye forretningsområder og forbedring som ikke er nærmere underbygget. Samtykkene i basen er i beste fall gitt overfor Mobile Marketing AS, og spørsmålet om hvordan kjøpere eventuelt kunne ha nyttiggjort seg basen, er ikke analysert av noen av aktørene. Verdivurderingen bygger videre på uriktige antakelser om antall utsendinger fra Mobile Marketing AS. Det vises til vitneforklaringene fra Trønnes Hansen og Andersen som påviste helt annet antall utsendinger enn hva selskapet og deres rådgivere har lagt til grunn. Det anførte tap for så vidt gjelder Mobile Marketing AS eller gevinsttap for aksjonæren (dersom påstanden rettes, noe staten ikke har innvendinger mot), er derfor alt for høyt.

Arne Fjelds anførte tap er også alt for høyt. På bakgrunn av bevisførselen kan det ikke legges til grunn at han ikke ville oppnå tilsvarende lønnsinntekt på andre måter, og hans lønn har uansett ikke vært så lav som angitt.

Staten krever tilkjent saksomkostninger fullt ut. Det er ikke grunnlag for å anvende unntaksreglene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd a) eller c).

Saksøkte la ned slik

Påstand:

1. Staten v/Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet frifinnes.
2. Staten v/Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet tilkjennes saksomkostnader.

Retten vurdering

Det første spørsmålet som retten må ta stilling til, er om retten er bundet av Markedsrådets vedtak for så vidt som Markedsrådet la til grunn at Forbrukerombudets to vedtak bygget på uriktig faktisk grunnlag og dermed var ugyldige. Saksøkerne har vist til at dette er en sterk ugyldighetsgrunn og anført at staten er bundet av Markedsrådets avgjørelse idet vedtakene er uangripelig fra statens side. At staten er bundet av Markedsrådets avgjørelse, har ifølge saksøkerne også *"de beste grunner for seg"* fordi Markedsrådet er *"bredt sammensatt av de presumptivt fremste eksperter på saksområdet"*, og hvor også *"tingrettene og lagmannsrettene er representert blant rådsmedlemmene"*. Lovgiverne har vært trygge på at Markedsrådets sammensetning gir *"slike rettsikkerhetsgarantier at det fra statens side ikke foreligger behov for adgang til overprøving av domstolene i etterkant"*. Gyldigheten av Markedsrådets vedtak kan derfor ikke rokkes ved. Det samme gjelder ifølge saksøkerne ugyldigheten av Forbrukerombudets to vedtak. Man kan (etter det anførte) vanskelig tenke seg en løsning i tråd med lovgivers ønske hvor Markedsrådets vedtak blir stående som endelig, samtidig som retten (i en sak som dette) kommer til et motsatt resultat. Man kan ikke tenke seg at to slike avgjørelser *"skal kunne leve side om side"*.

Til dette bemerker retten at det er riktig at Markedsrådets vedtak i dette tilfellet *"ikke kan rokkes ved"* og innebærer en endelig avgjørelse av det som var til behandling og som ble avgjort av Markedsrådet. Vedtaket innebar imidlertid ingen *"rettskraftig"* avgjørelse av det som er tvistetemaet i vår sak. Retten må som anført av staten, foreta sin egen bevisvurdering når det gjelder spørsmålet om det foreligger ansvarsgrunnlag. Retten kan i denne sammenheng ikke være bundet av at Markedsrådet la til grunn at Forbrukerombudets vedtak var fattet på uriktig faktisk grunnlag. Staten har vist til Rt.2010 side 291 avsnitt 45 hvor det i relasjon til tidligere domstolsavgjørelse uttales at: *"Rettskraftvirkningen omfatter ikke rettens bevisbedømmelse eller lovtolkning. Det er derfor ikke noe i veien for at domstolene i en senere sak mellom de samme parter legger til grunn en annen lovforståelse eller et annet faktum"*. Som anført av staten kan dette ikke gjelde noe mindre hvor den tidligere avgjørelsen er et forvaltningsvedtak og ikke en domstolsavgjørelse. Det legges etter dette til grunn at retten ikke er bundet av Markedsrådets bevisvurdering og avgjørelse for de spørsmål som er til behandling her. Markedsrådets avgjørelse må imidlertid av grunner som saksøkerne har vist til, veie tungt.

Retten antar imidlertid at saken har blitt langt bedre opplyst for tingretten etter 7 dagers rettsforhandlinger enn den ble for Markedsrådet.

Det neste spørsmålet er om det foreligger noen bindende erkjennelse fra staten v/statens prosessfullmektig sin side av ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng i forbindelse med Oslo byfogdembetes behandling av saken. Saksøkerne har vist til at det ble anført at staten er "søkegod" og at "et eventuelt erstatningskrav vil være i behold" (dersom begjæringen om midlertidig forføyning ikke ble tatt til følge og Markedsrådet senere opphevet Forbrukerombudets vedtak).

Retten finner det klart at Oslo byfogdembete sin gjengivelse av statens anførsler i kjennelsen ikke kan tolkes som noen erkjennelse av ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. Det vises til at det i kjennelsens gjengivelse av statens anførsler, er tale om et "eventuelt" erstatningskrav. Dette kan ikke med det forbehold som ligger i ordet "eventuelt" oppfattes som noen erkjennelse. Det har også i høy grad formodningen mot seg at statens prosessfullmektig i forbindelse med Oslo byfogdembete sin behandling av saken, skulle erkjenne noen form for erstatningsansvar på vegne av staten. Det som er sitert fra kjennelsen, må tolkes i lys av det. Advokat Øyvind Bø som var saksøkernes prosessfullmektig da begjæringen om midlertidig forføyning ble behandlet, oppfattet heller ikke i følge sin forklaring at noen slik erkjennelse ble avgitt fra statens side i rettsmøtet. Samlet kan det derfor ikke foreligge noen tvil om at staten ikke har erkjent noe ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng når det gjelder saksøkernes anførte tap.

Spørsmålet er dernest om det i relasjon til de påberopte ansvarsgrunnlag, kan legges til grunn at Forbrukerombudets vedtak var ugyldige, enten på grunn av feil faktum, saksbehandlingsfeil eller fordi Forbrukerombudet etter omstendighetene ikke hadde hjemmel til å fatte vedtakene som hastevedtak.

Retten tar først stilling til om det foreligger ugyldighet på grunn av feil faktum.

Når det gjelder hvilke krav som stilles til samtykke etter markedsføringsloven § 15, bevisbyrde og hvilke krav til bevisstyrke som gjelder for at samtykke må anses å foreligge, vises det Markedsrådet vedtak side 15. Retten er enig i det som her er lagt til grunn under henvisning til lovens ordlyd og lovens forarbeider, jf. Ot.prp.nr. 92(1998-1999)s. 103-104.

Markedsføringsloven § 15 første ledd lyder:

I næringsvirksomhet er det forbudt, uten mottakerens forutgående samtykke, å rette markedsføringshenvendelser til fysiske personer ved elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon, som for eksempel elektronisk post, telefaks eller automatisert oppringningssystem (talemaskin).

Retten legger til grunn (slik som Markedsrådet) at lovens ordlyd ikke inneholder

(utover at samtykket skal være gitt på forhånd)"nærmere detaljerte krav til samtykkets innhold og hvilke krav som må følges ved innhenting og sikring av bevis for at samtykke er gitt. Markedsføringslovens samtykkebegrep bygger på samtykkesamtykkebegrepet i personopplysningsloven § 2 nr. 7, som stiller krav om at samtykket må være "en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring" fra en person". Det stilles ikke noe formkrav til samtykket. Samtykket kan gis skriftlig eller muntlig og det kan innhentes elektronisk. "Det må imidlertid klart og utvetydig fremgå at det samtykkes, hvilke behandlinger samtykket omfatter og hvilke behandlingsansvarlige det er rettet til, jf. kravet om at samtykket skal være "uttrykkelig". Det er den behandlingsansvarlige som vil måtte sannsynliggjøre at det foreligger et samtykke, og dette kan lettere gjøres dersom samtykket nedfelles med skriftegn - enten på papir eller elektronisk dersom dette er mulig".

Det er altså den næringsdrivende – dvs. her saksøkerne – som må føre bevis for at lovens krav til forutgående samtykke er oppfylt. I dette ligger (som lagt til grunn av Markedsrådet) "et krav om å bevise med såkalt alminnelig sannsynlighetsovervekt at samtykke fra den enkelte forbruker er gitt før markedsføringshenvendelser per e-post er sendt. Verken loven eller forarbeidene stiller spesifikke krav til hva som kreves av bevis i så måte. Som det er pekt på i forarbeidene vil imidlertid samtykke lettere kunne sannsynliggjøres dersom det "nedfelles med skriftegn – enten på papir eller elektronisk dersom dette er mulig".

Når det gjelder vurderingen av saksøkernes ansvar for å sannsynliggjøre at samtykke foreligger, har de retningslinjer som Forbrukerombudet har utarbeidet, etter rettens oppfatning betydning. Etter at forbudet mot "spam" trådte i kraft i 2001, publiserte Forbrukerombudet retningslinjer (som senere har blitt revidert) om hvordan regelverket skal forstås basert på markedsføringslovens forarbeider og på forvaltningspraksis. Disse retningslinjene har saksøkerne blitt gjort kjent med. Det er ikke omtvistet. Under henvisning til at det er "den næringsdrivende som skal bevise at mottakeren har gitt samtykke", så må virksomheten i følge retningslinjene "oppbevare dokumentasjon for samtykket". "Innhenting av samtykke kan praktisk sett f.eks. skje via en hjemmeside på Internett". "Forbrukerombudet anbefaler næringsdrivende å bruke en dobbelt opt-in-modell for å unngå "sjikanepåmelding" og andre misforståelser. Det vil si at mottakeren f.eks. i etterkant av påmelding får tilsendt en e-post av den næringsdrivende, hvor han skal bekrefte påmeldingen. Først når en lenke i e-posten er aktivert av mottakeren, er samtykket gitt".

Det er på det rene at saksøkerne valgte ikke å følge Forbrukerombudets anbefaling om "dobbelt opt-in-modell". Bakgrunnen for dette valget skal etter det opplyste være at dobbelt opt-in-løsningen er "kostnadskrevende", "ressurskrevende", "tidkrevende" og "medfører ekstrainsats av nettforbrukeren" og er "således ikke ansett å være en lukrativ løsning i bransjen", jf. stevningens side 18.

Når det gjelder hvordan Mobile Marketing AS sikret samtykke fra forbrukerne, la Markedsrådet ut fra bevisførselen i Markedsrådet til grunn at:

samtykker ble innhentet via ulike markedsføringskampanjer som Mobile Marketing utfører for andre næringsdrivende og organisasjoner, bl.a. aktører som Walt Disney, Redd Barna og World Wildlife Fund. Mobile Marketing sitt konsept var å formidle en opplevelse for forbrukere, ved å tilby deltagelse i konkurranser med opplevelsespremier av høy verdi, f.eks. reise til New York, weekend i Paris o.l. Forbrukeren blir først introdusert til kampanjen via tradisjonelle markedsføringskanaler som annonser på internett (bannere), i trykte medier, radio, tv, sosiale medier samt annonser i eget og eksternt nyhetsbrev. Etter avtale med den enkelte kunde hadde Mobile Marketing i mange tilfeller sin egen avkryssingsboks på registreringsskjemaet (skjermbildet) for konkurransen, hvor forbruker kunne samtykke til å motta markedsføringshenvendelser fra Absolute Marketing, som er Mobile Marketing sitt markedsføringsselskap. Eksempler på slike avkryssingsbokser er forevist og fremlagt for Markedsrådet, hvor teksten ved siden av boksen for eksempel lyder: "Jeg ønsker å motta informasjon fra Absolute Marketing". I tillegg finnes alternativer for å takke ja eller nei til å motta annen informasjon på e-post fra den aktuelle næringsdrivende aktør som står bak kampanjen. Forbrukerens samtykke i form av avkryssing i en slik boks blir deretter overført til Mobile Marketings nyhetsbrevsdatabase, i to trinn; først dataoverføring fra registreringsskjemaet til den enkelte kampanjedatabase, og deretter overføring av data fra den aktuelle kampanjedatabase til Mobile Marketings nyhetsbrevsdatabase. De data som overføres inneholder altså opplysninger om hva den enkelte forbruker har kryssset "ja" eller "nei" til.

Denne beskrivelsen er i samsvar med Arne Fjelds forklaring og den presentasjonen Tore Andre Fjeld ga i Markedsrådet og i sin vitneforklaring under hovedforhandlingen.

Markedsrådet kunne ikke se at det etter bevisførselen i Markedsrådet, var grunnlag for Forbrukerombudets anførsler om at applikasjonsloggen ikke var troverdig. Anførsler som knyttet seg til at loggen var en redigerbar tekstfil, og derfor ikke notorisk, syntes i følge Markedsrådet å bero på misforståelser og til dels også løse spekulasjoner om at samtykker i databasen var blitt manipulert, eller at det var tale om personopplysninger som var overdratt fra andre samtykkebaser. "Grunnen til at forbrukere som med overveiende sannsynlighet har gitt samtykke likevel klager, skyldes (ifølge Markedsrådet) trolig flere ulike forhold, som at man ikke husker at man har samtykket, at man kan ha misforstått hva man har samtykket til, feilkilder knyttet til IP-adresser og liknende". Markedsrådet kunne ikke se at det var holdepunkter for at "de avgitte samtykker ikke er informerte, frivillige eller uttrykkelige".

At klagere ikke husker eller har misforstått hva man har samtykket til mv, er bestridt av staten som i denne forbindelse har ført flere klagere som vitne under hovedforhandlingen:

Det første vitnet var Pål Løberg (sivilingeniør, datateknikk) som fremsatte sin klage på Forbrukerombudets spamklageskjema den 12.11.2008 og opplyste at han hadde mottatt to mail (den ene i følge hans forklaring den 11. november og den andre den 12. november 2008) fra Absolute Marketing med tilbud om å delta i ulike konkurranser. Som årsak til klagen opplyste han at: "Jeg har aldri før hatt noe med disse å gjøre, ei heller bedriftene bak konkurransene. Domenet som brukes i spammen er registrert på Mobile Marketing AS". Konkurransen som Pål Løberg ifølge Mobile Marketing AS skulle ha deltatt i, var "Tourisme Ireland kampanje" hvor han den 29.03.2008 skulle ha kryssset av for at "Jeg

ønsker å motta Absolute Marketing Nyhetsbrev pr. e-post". Pål Løberg var ifølge sin forklaring under hovedforhandlingen overrasket fordi han fikk reklame fra noen som han ikke hadde kjennskap til, og fordi det var benyttet en e-postadresse som han kun brukte til kommunikasjon med familien, og som han beskytter mot reklame. Dette var årsaken til at han sendte inn klagen. Slik retten oppfattet ham, var han sikker på at han ikke hadde samtykket i å motta reklame gjennom Absolute Marketing Nyhetsbrev på denne e-postadressen. Han har "et godt utvalg av andre e-postadresser" som han bruker til andre formål enn kommunikasjon med familien. Han har ifølge sin forklaring søkt gjennom hele sitt e-postarkiv tilbake til 2000 uten finne tidligere referanser til Absolute Marketing eller Mobile Marketing som kan forklare hvorfor han mottok denne markedsføringen fra Absolute Marketing den 11. og 12. november 2008. Retten ser ingen grunn til ikke å feste lit til Pål Løbergs forklaring. Med hans særlige kyndighet innen datateknologi og de søk han etter det opplyste har foretatt i egne e-postarkiv, ser retten bort fra at han kan ha samtykket uten å være klar over det eller at han har glemt at han har samtykket. Noe annet er i hvert fall ikke sannsynliggjort av Mobile Marketing AS. Dette må gjelde selv om Pål Løberg på spørsmål fra advokat Gjendem, ikke vet om hans søster (som kjenner e-postadressen) kan ha samtykket og oppgitt e-postadressen på hans vegne. Rettens inntrykk var at han i realiteten utelukker denne muligheten. Et slikt samtykke som han ikke selv har avgitt eller akseptert at andre avgir på hans vegne, vil uansett ikke oppfylle kravet til samtykke etter markedsføringsloven § 15.

Det neste vitnet var Eva Kristine Onstad Marstrander (lærer) som klaget på "spam" den 13. mars 2009 med følgende begrunnelse: *"Jeg videresender dere søppelmail fra Absolute Marketing (undergruppe av Mobile Marketing). Jeg har IKKE registrert meg på deres side, men jeg har nok vært med på enkelte nettkonkurranser og bevisst trykket i ruten om at jeg ikke ønsker jevnlig emails. Etter litt søking på Internett, forstår jeg at dette kan komme nettopp fra slike nettkonkurranser og jeg forstår at Forbrukerombudet har vært borti dette før ..."*. Som svar på advokat Langseths brev av 26. mai 2009 (med opplysninger om hvilken kampanje, registreringsdato mv. og hvilken IP-adresse som var benyttet i forbindelse med at hun skulle ha samtykket til å motta reklame fra Mobile Marketing, og med skjermbilde som viste hvordan de ulike kampanjesamtykker skulle være hentet inn gjennom, så ut), svarte Eva Kristine Onstad Marstrander at hun ikke kunne se at det var vedlagt noe hun hadde gitt samtykke til: *"Jeg leser av brevet fra Mobile Marketing at jeg meldte meg på en "Tourism Spain-kampanje" (registrert hos dem 20.09.2008), hvor jeg visstnok ga mitt samtykke til at de kunne sende meg informasjon. I sitt skjema kan de vise til både navn, telefonnummer og IP-adresse. Den oppgitte IP-adressen (62.128.229.238) tilhører ISP'en monet.no, som har base i Mo i Rana i Nordland. Jeg bor i Oslo, har Telenor som bredbåndsleverandør, og befant meg i Oslo på det aktuelle tidspunktet. Jeg anser det således som en uforståelig påstand at jeg skal ha gitt mitt samtykke. Jeg føler likevel at jeg bør informere Forbrukerombudet om at jeg har vært med i enkelte norske konkurranser over internett, men jeg er alltid påpasselig med å informere om at jeg ikke ønsker markedsføring/informasjon. Dersom en slik valgmulighet ikke finnes, blir jeg ikke*

med i konkurransen. Jeg kjenner heller ikke igjen noen av vedleggene som konkurranser jeg har meldt meg på". Under hovedforhandlingen ble Eva Kristine Onstad også foreholdt datastrengen fra registreringsskjemaet (også omtalt av saksøkerne som "digital signatur"), som var blitt generert i forbindelse med hennes samtykke og hvor det blant annet fremgår at hun skal ha oppgitt Svein Svartskards e-postadresse under feltet "tips en venn". Eva Kristine Onstad Marstrander forklarte at hun aldri hadde hørt om Svein Svartskard, at hun ikke vet hvem han er og om noen person med det navnet eksisterer. Mobiltelefonnummeret som fremgår av datastrengen stemmer imidlertid med hennes telefonnummer. Hun kunne ikke huske å ha hørt om Tourism of Spain kampanje før denne saken kom opp, og heller ikke at hun skulle ha vært med på vinn en reise til Spania konkurransen, noe hun mener at hun i tilfelle ville ha husket det. Ellers er hun ifølge sin forklaring "veldig klar på at hun ikke ønsker å få tilsendt reklame", verken som sms eller e-post, og mener at hun ikke kan ha krysset av for "ja" i den tro at hun takket nei til reklame i forbindelse med denne nettkonkurransen som hun ikke har noe kjennskap til og som hun mener at hun ikke har deltatt i. Retten mener at det på bakgrunn av Eva Kristine Onstad Marstrander sin forklaring kan sees bort fra at hun selv har samtykket i å motta reklamehenvendelser fra Mobile Marketing AS. Det vises til at navnet Svein Svartskard er fullstendig ukjent for henne, og hennes forklaring om at hun ikke kan ha samtykket via den aktuelle IP-adressen tilhørende Mo i Rana området (siden hun har Telenor som bredbåndleverandør og på det aktuelle tidspunktet var i Oslo), støttes av den sakkyndige vitneforklaringen til Jan Fredrik Leversund samt forklaringen til Rune Jensen som var teknisk leder i Monet fra 2001 til 2011. Rune Jensen har forklart, slik retten har oppfattet ham, at samtykke via den aktuelle IP-adressen fra Oslo ikke kunne ha skjedd uten at de hadde oppdaget det i Monet. Samtykket måtte i så fall vært rutet både til Monet og til Telenor, og kunder ville da ha mistet forbindelser både hos Monet og Telenor, og ha rammet en betydelig mengde av Monet sin kundemasse. En slik betydelig feil hadde man ikke på det aktuelle tidspunktet, noe Rune Jensen mener at han ellers ville ha husket. Retten ser på denne bakgrunn bort fra at Eva Kristine Onstad Marstrander har samtykket i å motta markedsføringshenvendelser fra Mobile Marketing AS. Noe annet kan ikke anses sannsynliggjort gjennom den fremlagte datastrengen.

Det tredje vitnet blant klagerne var John Arild Sundli Reiersølmoen (offiser i luftforsvaret) som klaget på reklamehenvendelse fra Absolute Marketing Nyhetsbrev på Forbrukerombudets spamklageskjema den 18. mars 2009. Han anførte som årsak til klagen at han aldri hadde hatt noe kundeforhold til det aktuelle firmaet og "ALDRI" hadde gitt samtykke til å motta reklame fra Mobile Marketing AS: "Likevel påstår de at jeg abonnerer på deres nyhetsbrev. Det er toppen av frekkhet....". Reiersølmoen ble under hovedforhandlingen foreholdt den fremlagte datastrengen som ifølge saksøkerne ble generert da han samtykket i markedsføringshenvendelser fra Mobile Marketing AS gjennom Absolute Marketing Nyhetsbrev. Han forklarte at han ville ha skrevet navnet sitt med stor A i Arild, at mobiltelefonnummeret som fremgår av

datastrengen (413390619) ikke er hans, men blir brukt av ektefellen og han tror at telefonnummeret også står registrert på henne. E-postadressen asdf@hotmail.com (som han ifølge datastrengen skal ha oppgitt som "venn") er helt ukjent for ham. Det er også ifølge hans forklaring helt utenkelig at han skulle oppgitt andre enn ektefellen dersom han hadde deltatt i noen slik nettkonkurranse som datastrengen knytter seg til. Ektefellen (som ifølge hans forklaring også er oberstløytnant i luftforsvaret) har sagt til ham at det ikke er hun som har fylt ut skjemaet i forbindelse med den aktuelle Aftenposten kampanjen (Destinasjon: Toscana), og *"i hvert fall ikke under falskt navn"*. Han avviser også ut fra registreringsdatoen og klokkeslettet at han kan ha samtykket i markedsføringshenvendelser fra Mobile Marketing AS. Han har sjekket sin elektroniske kalender for denne dagen, og ser at han hadde to viktige møter denne dagen, det første møtet kl. 1000 som gjaldt omstillingsprosess i forsvaret og deretter koordineringsmøte med Forsvarssjefens stab. Dette var meget viktige møter. Han ser derfor bort fra at han kl. 09:38:52, rett forut for disse møtene, kan ha lånt en datamaskin for å delta i Aftenposten kampanjen og samtykket i markedsføringshenvendelser fra Mobile Marketing AS. Retten fester lit til Reiersølmoen sin forklaring og legger til grunn i samsvar med hans forklaring at han ikke hadde samtykket i markedsføringshenvendelser fra Mobile Marketing AS da han mottok Absolute Marketing Nyhetsbrev og klaget til Forbrukerombudet. Noe annet kan ikke anses sannsynliggjort gjennom den fremlagte datastrengen. Retten ser således bort fra muligheten av at han ikke husker eller at han kan ha misforstått hva han har samtykket til. Hvordan datastrengen likevel har blitt generert, er ukjent for retten men gir etter omstendighetene ingen dokumentasjon på samtykke.

Det fjerde vitnet var Torill Johansen med adresse Tangenveien 123, 1450 Nesoddtangen. Hun hadde ikke selv klaget, men kom inn i saken på bakgrunn av klage fra en annen Torill Johansen med adresse Flaskekroken 20, 1450 Nesoddtangen. Torill Johansen i Flaskekroken 20 klaget på uanmodet e-post den 12. mai 2005. Hun opplyste at hun daglig hadde fått e-post fra Absolute Marketing Nyhetsbrev og opplyste at hun gjentatte ganger hadde bedt om å bli strøket fra adresselisten, *"men det hjelper ikke. Hva gjør jeg?"*. Den uanmodede e-posten som hun hadde mottatt, var sendt til trondmj@online.no (som så vidt retten forstår er ektefellens mailadresse). Mobile Marketing AS har i den presentasjonen som Tore Andre Fjeld ga under hovedforhandlingen, opplyst at Torill Johansen i Tangenveien 123, ble registrert med samtykke den 6. november 2008 gjennom en Aftenposten kampanje: *"Hun ble søkt opp ved klagetidspunktet, vi så at hun i klagen oppga en annen adresse enn den som vi hadde registrert, valgte likevel å oversende det vi hadde, og slettet henne fra basen. Vi har derfor ikke den digitale signaturen pga av dette"*. Opplysningen om at Torill Johansen og datastrengen med samtykket var slettet, viste seg under hovedforhandlingen ikke å være riktig. Gjennom søk i kopi av loggfiler med elektroniske avgitte samtykker som ble lagt frem av Mobile Marketing AS i forbindelse med Oslo byfogdembete sin behandling av saken, har saksøkte funnet den aktuelle datastrengen fra registreringsskjemaet og fremlagt utskrift av denne under hovedforhandlingen. Det fremgår av datastrengen at samtykket ble gitt av Torill Johansen

med adresse Tangenveien 123, e-post adresse trondmj@online.no, telefonnummer 91759024, og "friend": anita.stensrud@nhf.no.

Torill Johansen i Tangenveien 123 avga forklaring under hovedforhandlingen (ved fjernavhør/telefonavhør fra Canada). Hun bekreftet i sin forklaring at hun ikke hadde sent klage på uanmodet e-post (noe som heller ikke anføres idet det er uomtvistet at klagen kom fra Torill Johansen i Flaskekroken 20). Torill Johansen i Tangenveien 123 forklarte at e-postadressen som fremgår av datastrengen, er ukjent for henne, men bekreftet at mobilnummeret er hennes. Ellers forklarte hun at hun ikke kjenner Anita Stensrud eller noen annen Anita som skulle være interessert i å reise til Toscana.

Det må på bakgrunn av klagen fra Torill Johansen i Flaskekroken 20 og vitne forklaringen til Torill Johansen i Tangenveien 123 legges til grunn at ingen av disse har samtykket i markedsføringshenvendelser fra Mobile Marketing AS. Av Oslo byfogdembete sin kjennelse fremgår det at: *"Fra saksøkernes side kunne man ikke gi noen forklaring på hvordan denne sammenblandingen kan ha skjedd"*. Noen slik avklaring har retten heller ikke mottatt i forbindelse med tingrettens behandling av saken. Hvordan den aktuelle datastrengen med samtykke har blitt generert, er dermed ukjent for retten. Tore Andre Fjeld har på spørsmål fra statens prosessfullmektig bekreftet at datastrengene med forbrukerens samtykke *"er rådata før vask"*. Rådataene "vaskes" og dataene *"vedlikeholdes"* og *"segmenteres"* i et samarbeid med DirektMedia, har Arne Fjeld forklart. DirektMedia er et ledende selskap på data og informasjonskvalitet og sitter etter det opplyste *"med de mest komplette og oppdaterte kommersielle databasene i Norge på privatpersoner og bedrifter"*. Mobile Marketing AS sin samtykkedatabase korrigeres (vaskes, slik retten har oppfattet det) mot adresseendringer, endringer av telefonnummer, dødsfall mm. som fremgår av DirektMedia sin oppdaterte databaser. Ved dødsfall blir vedkommende tatt bort fra samtykkedatabasen. Der man f.eks. ikke har mobilnummer, men navn og adresse, vil den manglende informasjonen kunne bli påført gjennom vaskeprosesser og feil kan da ifølge Arne Fjeld oppstå ved *"feilvasking"*. De fremlagte datastrengene med samtykke, er imidlertid *"rådata før vask"*. Sammenblandingen av Torill Johansen i Flaskekroken 20 og Torill Johansen i Tangenveien 123 kan dermed ikke ha oppstått som følge av *"feilvasking"*. Datastrengen sannsynliggjør derfor ikke at relevant samtykke likevel foreligger fra en av de to med navn Torill Johansen på Nesoddtangen, og at vedkommende ikke husker eller har misforstått hva man har samtykket til.

Det femte vitnet blant klagerne var Børge Andersen (programmerer) som fremsatte klage på Mobile Marketing på Forbrukerombudets spamklageskjema den 9. mai 2009. Som årsak til klagen opplyste han at: *"Jeg har mottatt mange meldinger fra Absolute Marketing. I mailene skrives det at jeg "abonnerer på nyhetsbrev fra Absolute Marketing". Jeg har _aldri_ bedt om noe abonnement, eller hatt noen kontakte med Absolute Marketing"*. Datastrengen med Børge Andersen sitt (i følge saksøkerne) samtykke er fremlagt i saken. Det fremgår her at samtykke ble registrert 30. november 2008 kl. 1145 og kl. 2047 (dvs. to samtykker samme dag) i forbindelse med Aftenposten kampanje (destinasjon Chamonix). Børge Andersen har forklart at han ikke kjenner noen av de som han ifølge

samtykkedatastrengene skal ha oppført som venner i konkurransen. Den eneste "Anne" som han kjenner, er eks-kona til broren, som han ikke ville hatt med på tur. Han er dessuten sikker på at han ikke kan ha avgitt noe samtykke den 30. november 2008 fordi han denne dagen, som var en søndag, var i familieselskap og feiret bursdagen til en nevø. Senere samme dag spiste han "kotelettgryte" hos sin mor, noe han vet blant annet fordi moren har notert dette i sin syvende sans, slik hun pleier. I perioden 17. april til 25. juni 2009 mottok han i gjennomsnitt 2,9 markedsføringshenvendelser per uke fra Mobile Marketing AS og det hendte også at han fikk to e-poster innenfor samme dato. Han vet med 100 pst. sikkerhet at han ikke har sendt de mailene med samtykke slik som saksøkerne hevder. Han gir ikke fra seg sin mailadresse lett og undersøker alltid på forhånd om mailadressen kan misbrukes på noen måte. Dessuten vet han hva han gjorde denne dagen og det er ingen av de navnene som fremgår av datastrengene som han kunne ha oppgitt i en slik sammenheng. Derfor kan han selv om det er noen år siden nå, med 100 pst sikkerhet hevde at det ikke er han som har sendt de mailene med samtykke. Han er klar over at det er mulig å gå inn og melde på andre personer. Samtidig kan han ifølge sin forklaring *"ikke fatte hvem skal ha gjort det"* i hans tilfelle, noe som han ville ansett som *"ufint"* og *"en fornærmelse"*.

Retten fester lit til Børge Andersens forklaring og legger til grunn i samsvar med hans forklaring at det kan utelukkes at han har samtykket i markedsføringshenvendelser fra Mobile Marketing AS, og at det kan utelukkes at han ikke husker eller har misforstått hva han har samtykket til. Noen annet er heller ikke sannsynliggjort gjennom de fremlagte datastrenger fra samtykkeregistreringsskjema.

Det sjette vitnet var Eirik Trønnes Hansen (politiadvokat) som klaget på markedsføringshenvendelser fra Mobile Marketing AS på Forbrukerombudets spamklageskjema den 18. desember 2008. Han oppga som årsak til klagen at: *"Klagemotpart Absolute Marketing (Mobile Media) har tidligere i år vært behandlet av Forbrukerombudet <http://www.dinside.no/okonomi/tele/mltelefoni/sms-spammere+svarer+for+seg/art783734.html>. Fremgangsmåten i det tilfellet jeg klager på er at Absolute Marketing tydeligvis har misbrukt sin tilgang til min e-postadresse. De sendte ut kundeavis på vegne av Smart Club, hvor jeg hadde registrert e-postadressen min. Siste gang jeg mottok e-post fra Smart Club var 27. oktober 2008. Første gang jeg mottok annen og uønsket e-postreklame fra Absolute Marketing var 12. november. Muligens har dette sammenheng med at Coop kjøpte Smart Club tidligere i år. Jeg har ikke oppgitt denne e-postadressen i mange sammenhenger, og reklamen fra Absolute Marketing skiller seg derfor tydelig ut. Det er i strid med både markedsføringsloven og personopplysningsloven å misbruke adresselister på denne måten. I tillegg er det uetisk og muligens ulovlig i forhold til Smart Club/Coop, som hadde gitt Absolute Marketing disse adresselistene for sine egne formål"*. Eirik Trønnes Hansen skal ifølge Mobile Marketing AS ha samtykket i markedsføringshenvendelser via en Smart Club kampanje den 27. september 2007 kl. 17:05:23, og han skal da ha registrert seg med navnet Eirik Hansen, noe Eirik Trønnes Hansen bestrider. Han utelukker blant annet at han kan ha registrert seg

uten å benytte mellomnavnet sitt. Fordi Eirik Hansen er et alminnelig navn, pleier han å bruke mellomnavnet Trønnes. Dessuten pleier han ikke å delta på kundekampanjer eller nettkonkurranser, og han utelukker at han kan ha deltatt i den nettkonkurransen som det her er tale om. Han er heller ikke interessert i å spre sin e-postadresse. Da han meldte seg inn som medlem i Smart Club (på papir den 30. august 2007) for å få medlemsrabatter, oppga han riktignok sin e-post adresse for å motta Smart Club sin kundeavis, men han samtykket ikke i andre markedsføringshenvendelser. At han kan ha samtykket den 27. september 2007 gjennom den opplyste IP-adressen, stemmer heller ikke med at han var på arbeid denne dagen og at han ellers var hjemme. Han var også på arbeid dagen etter og husker dette fordi han hadde fødselsdag, fikk e-post fra sine foreldre og fikk oversendt babybilder. Dette er noe han har en klar erindring om siden det var første gang han ble onkel. Fordi han enten var på arbeid eller hjemme, foreligger det kun tre muligheter som utelukker at han kan ha samtykket slik som hevdet av saksøkerne. Samtykket må i så fall enten ha blitt gitt via pc på jobb eller via pc hjemme. Den tredje muligheten er via mobilnettet, men dette er bare en teoretisk mulighet siden mobilen ifølge hans forklaring "kun støtter wap" og ikke var satt opp til å bruke på internett. Den aktuelle IP-adressen (80.213.133.59) som Mobile Marketing AS etter det opplyste skal ha mottatt samtykket fra, tilhører Telenor, mens hans internettilknytning på arbeid (Kripos) og hjemme tilhører henholdsvis Ventelo og Get. Han mener derfor, slik retten har oppfattet ham, at han ikke kan ha samtykket via den aktuelle IP-adressen. Grunnen til at han sendt inn klagen var ellers ifølge hans forklaring at han sjekket sin e-postkonto på kontoret da en kollega kommenterte skjermbildet med å si at: *"Jeg ser du har fått spam fra de folka du også"*. Dette var e-post fra Mobile Marketing som dominert bildet og var så pass synlig at kollegaen så og kommenterte det. Han hadde tidligere latt være å sende stoppmelding selv om reklamehenvendelsene var irrelevante og uinteressante, og fra et selskap som han ikke hadde hørt om. Han hadde tidligere vært aktor i en straffesak for Gulating lagmannsrett i Stavanger (som gjaldt spam og en arbeidsledig rørlegger som bodde i kjelleren hos foreldrene), og denne saken var også en del av foranledningen til at han sendte inn klagen på Mobile Marketing AS. Dette gjorde han etter at han hadde foretatt søk på "Google News" som viste at det hadde vært en prosess tidligere mot Mobile Marketing AS (jf. henvisningen i selve klagen). Eirik Trønnes Hansen kunne ifølge sin forklaring motta flere reklamehenvendelser fra Absolute Marketing på samme dag, noe han har dokumentert ved fremleggelse av utskrift av skjermbildet ("printscreen") etter søk i sin innboks på e-post fra Absolute Marketing i den aktuelle postkassen. Han sletter ifølge sin forklaring *ikke* mail. Derfor var alle reklamehenvendelsene fortsatt i behold da han under hovedforhandlingen hentet disse frem og viste blant annet det skjermbildet som det var tatt utskrift av. Flere av e-postene som han hadde i sin innboks, var uåpnet. Dette gjaldt også en utsendelse av Smart Club Nyhetsbrev den 27. september 2007 som så vidt retten forstår hadde link til den aktuelle nettkonkurransen som han ifølge saksøkerne skal ha samtykket via og som han hadde mottatt samme dag som han ifølge Mobile Marketing AS skal ha samtykket. Det kan ifølge Eirik Trønnes Hansen utelukkes at han har akseptert markedsføringshenvendelser via dette Nyhetsbrevet som under hovedforhandlingen fortsatt var uåpnet.

Retten fester lit til Eirik Trønnes Hansen sin forklaring. Det kan på bakgrunn av de opplysninger som han har gitt, utelukkes at han har samtykket i markedsføringshenvendelser fra Mobile Marketing AS og at han ikke husker eller at han har misforstått hva han har samtykket til. Saksøkerne har i hvert fall ikke sannsynliggjort noe annet.

Retten er enig med staten i at det på bakgrunn av disse vitneforklaringene ikke kan anses tilstrekkelig sannsynliggjort av saksøkerne at Forbrukerombudet i relasjon til de påberopte ansvarsgrunnlag, baserte sine vedtak på feil faktisk grunnlag. Selv om samtykker hovedsakelig ble generert slik som opplyst av saksøkerne og lagt til grunn av Markedsrådet, må uriktige samtykker også ha kommet inne i basen på annen måte. Det vises blant annet til klagene fra Eva Kristine Onstad Marstrander, Torill Johansen og Eirik Trønnes Hansen som det er redegjort nærmere for ovenfor. Det er usannsynlig at disse "samtykkene" kan ha blitt generert ved at andre forbrukere har samtykket på deres vegne. Hvordan deres navn og e-postadresser har kommet inn i basen og hvilket omfang slike uriktige samtykker har hatt i basen, er ukjent for retten idet saksøkerne (slik retten oppfatter det) avviser muligheten av at samtykkebasen kan inneholde "samtykker" som har kommet inn i basen på annen måte enn gjennom forbrukernes deltakelse i ulike nettkonkurranser. Dermed foreligger det ingen nærmere redegjørelse for hvordan feilene kan ha oppstått. Samtidig må retten legge til grunn at det her dreier seg om feil som saksøkerne må eller burde ha vært klar over, og som saksøkerne er nærmest til å bære risikoen for.

At det under hovedforhandlingen uriktig ble opplyst at datastrengen med Torill Johansen samtykke var slettet og derfor ikke kunne fremlegges, må etter omstendighetene tale mot saksøkerne. Denne datastrengen kunne og burde ha vært hentet frem i forbindelse med at samtykkene skulle dokumenteres. At det ikke har skjedd, slik tilfellet har vært for andre klagere, fremstår som noe uforklarlig, særlig sett i lys av Oslo byfogdembete tidligere kjennelse. Her ble det lagt til grunn at det fra saksøkernes side ikke var gitt noen forklaring på hvordan sammenblandingen av de to personene på Nesoddtangen med samme navn, hadde skjedd. Dette ga dermed en særlig oppfordring til å undersøke forholdet nærmere i stedet for å opplyse at datastrengen var slettet. Selv om dette eventuelt ikke ble opplyst mot bedre viten, antar retten at det må være en omstendighet som taler mot saksøkerne i forbindelse med rettens bevisvurdering.

Feil i samtykkebasen kan også ha oppstått fordi Mobile Marketing AS ikke fulgte Forbrukerombudet anbefaling om bruk av dobbelt opt-in-modell for å unngå "sjikanepåmeldinger" og "andre misforståelser". Det forelå dermed en nærliggende risiko for at det ville komme inn ikke reelle samtykker i basen med derav følgende klager på markedsføringshenvendelser. At slike uriktige samtykker forelå i basen, synes også erkjent av saksøkerne. Det vises blant annet til saksøkernes anførsel om at enkelte forbrukere samtykket på andres vegne (f.eks. på vegne av familiemedlemmer) "for å øke

vinner sjansen". I tillegg til slike *"velmenende"* samtykker, forelå også den nevnte risiko for *"sjikanepåmeldinger"* og *"andre misforståelser"*. Kvaliteten på samtykkebasen ble dermed dårligere enn den ville ha vært om anbefalingen om dobbelt opt-in hadde blitt fulgt, noe saksøkerne må ha vært klar over. Ved dobbelt opt-in-løsningen ville saksøkerne være sikre på at informert samtykke forelå og at samtykkene (i relasjon til Forbrukerombudet) også med tilstrekkelig grad av sikkerhet kunne dokumenteres. At dette ikke ble ansett som en lukrativ løsning fordi dobbelt opt-in var en mer kostnadskrevende og tidkrevende løsning og som medførte en ekstrainsats for forbrukeren, kan ikke sees å være et relevant hensyn etter markedsføringsloven, dersom dette medførte at forbrukere som ikke hadde samtykket, kom inn i basen. Det foreligger riktignok ikke noe krav om valg av dobbelt opt-in-modell. Retningslinjene åpnet dermed for at den næringsdrivende kunne bevise på annen måte at mottakeren hadde samtykket, men fortsatt slik at: *"Det er (.....) den næringsdrivende som skal bevise at mottakeren har gitt samtykke, og virksomheten må derfor oppbevare dokumentasjon for samtykket"*. At det ikke forelå pålegg om å bruke dobbelt opt-in-modellen, betød ikke at anbefalingen var uten innhold. Tilstrekkelig bevis (dokumentasjon) måtte i tilfelle sikres på annen måte. Saksøkerne tok dermed ved sitt valg om ikke å følge Forbrukerombudets anbefaling, en risiko for så vidt gjaldt kvaliteten på samtykkebasen.

Slik saken er opplyst er det også grunn til å anta at samtykkebasen inneholdt samtykker som ikke var tilstrekkelig informerte. Det vises til at dette hadde vært tatt opp med saksøkerne tidligere (jf. saksfremstillingen ovenfor) da Mobile Marketing ble bedt om å endre utformingen av informasjonen som ble gitt i tilknytning til samtykkeerklæringene, noe de også gjorde, men da for fremtidige samtykker.

Det er videre uklart i hvilket omfang samtykkebasen kan ha inneholdt samtykker som ikke var avgitt til Mobile Marketing AS. Det vises til at Mobile Marketing AS først ble stiftet i 2006, mens basen skal ha inneholdt samtykker helt tilbake til 1997 da Først og Sist AS ble stiftet og virksomheten etablert. Retten har (til tross for spørsmål om det) ikke fått noen nærmere redegjørelse for på hvilke vilkår Mobile Marketing AS var en videreføring av den virksomheten som Først og Sist AS drev, og på hvilket grunnlag Mobile Marketing AS kunne tre inn som mottaker av tidligere avgitte samtykker. Det er også etter at vedtakene ble fattet, gitt forskjellige og til dels uklare opplysninger om hvordan og på hvilket tidspunkt samtykkebasen ble etablert. I begjæringen om midlertidig forføyning ble f.eks. opplyst om Mobile Marketing AS at selskapet var en videreføring av en virksomhet som startet i 2002, noe som også er lagt til grunn i Markedsrådets vedtak under beskrivelsen av sakens bakgrunn. Det er dermed for retten også uklart om og i tilfelle i hvilket omfang samtykkebasen kan ha inneholdt samtykker til markedsføringshenvendelser som Mobile Marketing AS ikke hadde adgang til å benytte seg av med derav følgende risiko for klager.

Det er anført at klagen som Forbrukerombudet mottok, utgjorde en svært liten andel av det samlede antall forbrukere i samtykkebasen og antallet utsendte markedsføringshenvendelser, og hvor det hensett til virksomhetens omfang ville ha vært

oppsiktsvekkende om ingen av forbrukerne hadde reagert negativt, jf. Advokatfirmaet Langseths brev av 26. mai 2009 som det er vist til i sammendraget ovenfor.

Retten må som anført av staten under henvisning til Bjørn Erik Thons forklaring og Trondheim tingretts dom av 4. november 2004 (sak nr. 04-023893TVI-Tron), legge til grunn at omfanget av markedsføringshenvendelser til forbrukere som ikke hadde samtykket, var langt mer omfattende enn antallet mottatte klager i seg selv talte for. Trondheim tingrett la til grunn at *"de langt fleste vil ikke klage selv om det er grunnlag for dette. Retten finner det åpenbart at det er en klageterskel og har ikke særlig vansker med å tiltre Thon sin beskrivelse av de registrerte klager som "toppen av et isfjell"*. Dette har etter rettens oppfatning overføringsverdi og må på tilsvarende måte kunne legges til grunn i vår sak, noe som også finner støtte i vitneforklaringen til Eileen Antonsen. Hun har forklart at Kappahl måtte slutte å bruke samtykkebasen som de hadde fått tilsendt fra Mobile Marketing AS, på grunn av stort antall klager på uønsket reklame. Så selv om det er umulig å ha noen sikker formening om omfanget av markedsføringshenvendelser til forbrukere som ikke hadde samtykket, kan det etter rettens oppfatning ikke avvises som *"rene mørketallsbetraktninger"* at dette var langt med omfattende enn mottatte klager i seg selv talte for.

Retten må på bakgrunn av ovenstående legge til grunn som mest sannsynlig at Forbrukerombudets vedtak ikke var fattet på uriktig faktisk grunnlag (og at det dermed ikke er ugyldig på dette grunnlaget).

At saksøkerne valgte å innstille virksomheten da begjæringen om midlertidig forføyning ble avslått, skyldtes mest sannsynlig at saksøkerne var klar over at samtykkebasen inneholdt ikke reelle samtykker i større eller mindre omfang med derav følgende risiko for klager og tvangsmulkt. Forbudsvedtaket og vedtaket om tvangsmulkt var ikke i seg selv til hinder for å fortsette virksomheten, men saksøkerne måtte for ikke å risikere tvangsbot, være sikre på at det bare ble sendt markedsføringshenvendelser til forbrukere som saksøkerne kunne dokumentere samtykke fra. Dette ville ikke vært noe problem dersom saksøkerne hadde valgt den anbefalte dobbelt opt-in-modellen. Samtykkebasen ville imidlertid da samtidig ha vært vesentlig mindre fordi dobbelt opt-in-modellen stilte større krav til forbrukerens samtykke, noe som også var en av grunnene til at saksøkerne ikke fulgte anbefalingen, slik retten har oppfattet det. De problemer dette skapte ved redusert kvalitet på samtykkebasen, var saksøkerne selv nærmest til å bære risikoen for. Selv om Forbrukerombudet etter det opplyste ikke praktiserte noen nulltoleranse for feil, hadde ikke saksøkerne ut fra regelverket grunnlag for forventinger om at samtykkebasen kunne inneholde uriktige samtykker eller samtykker som saksøkerne ikke kunne sannsynliggjøre av de grunner saksøkerne hadde for ikke å velge dobbelt opt-in-modellen.

Ad. saksbehandlingsfeil og hjemmelsmangel

Spørsmålet er dernest om vedtakene er ugyldige på grunn av saksbehandlingsfeil og/eller hjemmelsmangel. Det er anført at Forbrukerombudet forsømte sin veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11, sin utredningsplikt etter § 17 og sin plikt til å forsøke forhandlingsmodellen etter markedsføringsloven § 35 annet ledd som medfører ugyldighet. Det er videre anført at det foreligger ugyldighet på grunn av inhabilitet hos en av Forbrukerombudets saksbehandlere og på grunn av manglende eller mangelfull begrunnelse for vedtakene.

Hensikten med saksbehandlingsregler er *"først og fremst å sikre riktige avgjørelser. Feil som vanskelig kan tenkes å ha hatt innflytelse på resultatet, kan det derfor være grunn til å se bort fra"*, jf. Torstein Eckhoff "Forvaltningsrett, 4 utgave, side 605 flg. Dette har vi bestemmelse om for enkeltvedtak i forvaltningsloven § 41 som bestemmer om virkningen av brudd på saksbehandlingsreglene at:

Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Bestemmelsen kan anvendes analogisk på andre saksbehandlingsfeil enn brudd på forvaltningsloven og bestemmelser gitt i medhold av forvaltningsloven, jf. Eckhoff.

Retten mener at det i dette tilfelle ikke er grunn til å regne med at eventuelle feil kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Når det gjelder veiledningsplikten bestemmer forvaltningsloven § 11 at:

Forvaltningsorganene har innenfor sitt sakområde en alminnelig veiledningsplikt. Formålet med veiledningen skal være å gi parter og andre interesserte adgang til å vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte. Omfanget av veiledningen må likevel tilpasses det enkelte forvaltningsorgans situasjon og kapasitet til å påta seg slik virksomhet.

Forvaltningsorganer som behandler saker med en eller flere private parter, skal av eget tiltak vurdere partenes behov for veiledning. Etter forespørsel fra en part og ellers når sakens art eller partens forhold gir grunn til det, skal forvaltningsorganet gi veiledning om:

- a) gjeldende lover og forskrifter og vanlig praksis på vedkommende sakområde, og*
- b) regler for saksbehandlingen, særlig om parters rettigheter og plikter etter forvaltningsloven. Om mulig bør forvaltningsorganet også peke på omstendigheter som i det konkrete tilfellet særlig kan få betydning for resultatet.*

Uavhengig av om sak pågår, plikter forvaltningsorganet innen sitt sakområde å gi veiledning som nevnt i annet ledd til en person som spør om sine rettigheter og plikter i et konkret forhold som har aktuell interesse for ham.

Dersom noen henvender seg til urette myndighet, skal det forvaltningsorgan som mottar henvendelsen, om mulig vise vedkommende til rett organ. Inneholder en henvendelse til et forvaltningsorgan feil, misforståelser, unøyaktigheter eller andre mangler som avsenderen bør rette, skal organet om nødvendig gi beskjed om dette. Organet bør samtidig gi frist til å rette opp mangelen og eventuelt gi veiledning om hvordan dette kan gjøres.

Kongen kan gi nærmere bestemmelse om utstrekningen av veiledningsplikten og om den måten veiledningen skal ytes på.

Det er gitt utfyllende bestemmelser om veiledningsplikten i forvaltningslovforskriften kapittel 2.

Når det gjelder forvaltningsorganets utrednings- og informasjonsplikt, bestemmer forvaltningsloven § 17 at: *"Forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes"*, jf. første ledd første punktum. § 17 tredje ledd bestemmer at: *"Partene bør også for øvrig gjøres kjent med opplysninger av vesentlig betydning som det må forutsettes at de har grunnlag og interesse for å uttale seg om, og som parten etter §§ 18 til 19 har rett til å gjøre seg kjent med. Ved avveiningen skal legges vekt på om rask avgjørelse er ønskelig og om hensynet til parten er tilstrekkelig varetatt på annen måte, for eksempel ved at han er gjort kjent med retten etter §§ 18 til 19 til å se sakens dokumenter"*.

Det kan ikke foreligge noen tvil om at alle klagenes som Forbrukerombudet hadde mottatt (35 klager på e-post og 63 klager på SMS) og Forbrukerombudets saksbehandling i denne forbindelse, var grunnlaget for Forbrukerombudets vedtak, og ikke bare klagenes som Forbrukerombudet mottok etter den 4. mars 2009. Dette fremgår tilstrekkelig klart av vedtakene lest i sammenheng.

Retten kan da ikke se at Forbrukerombudet har forsømt veiledningsplikten eller sin utrednings- og informasjonsplikt, i hvert fall ikke på en måte som medfører ugyldighet og erstatningsansvar.

Det var gitt veiledning om regelverket fra sommeren 2008 og saksøkerne var gjort kjent med innholdet i Forbrukerombudets skriftlige retningslinjer for markedsføringsloven § 2 b. Det var videre avholdt møte med Mobile Marketing AS den 29. januar 2009 hvor retten legger til grunn at saksøkerne også ble gitt veiledning om regelverket i forbindelse med det som for øvrig ble tatt opp i møtet. Det vises til saksfremstillingen ovenfor.

Markedsrådet har i vedtaket kritisert Forbrukerombudet for ikke å ha etterkommet uttrykkelig anmodning fra Mobile Marketing AS sin advokat om et møte hvor det angitte formålet var å bringe nærmere klarhet i de faktiske forhold som lå til grunn for varselet. Anmodningen burde i følge Markedsrådet ha blitt etterkommet under henvisning til alminnelig krav til god forvaltningsskikk og hensynet til forvaltningens utrednings- og veiledningsplikt og forhandlingsmodellen som markedsføringsloven bygger på: *"Hensett til at det på dette tidspunkt også var truffet styrevedtak om å innstille aktiviteten inntil rettslig avklaring av saken i Markedsrådet forelå, og driften faktisk også ble innstilt, må det ansees som tvilsomt om vilkåret i markedsføringsloven § 37 om skade/ulempe for ikke å avvente Markedsrådets vedtak var oppfylt"*.

Retten er enig i at Forbrukerombudet burde ha etterkommet anmodningen om møte fra Advokatfirmaet Langseth, men kan likevel ikke se at dette er en saksbehandlingsfeil som har hatt innflytelse på resultatet når saksbehandlingen sees i sammenheng og det legges til grunn at Forbrukerombudets etterfølgende vedtak ikke var fattet på uriktig faktisk grunnlag.

Feilene i samtykkebasen kunne ikke ha vært rettet opp gjennom ytterligere utredning og veiledning. De uriktige samtykkene som retten ovenfor har lagt til grunn må ha blitt generert på annen måte enn gjennom forbrukernes deltakelse i nettkonkurranser, lå utenfor Forbrukerombudets utrednings- og veiledningsplikt (siden det dreide seg om feil som saksøkerne selv hadde skapt f.eks. gjennom valg av tekniske løsninger eller på annen måte), og kunne uansett ikke vært rettet opp gjennom veiledning så lenge saksøkerne selv avviste muligheten av at slik feil forelå i samtykkebasen.

Retten kan heller ikke se at feil i basen som skyldtes saksøkernes eget valg om ikke å benytte den anbefalte dobbelt opt-in-modellen, kunne vært rettet opp gjennom ytterligere utredning og veiledning. Saksøkerne må åpenbart ha vært klar over at samtykke avgitt av andre enn forbrukeren selv (i sjikanehensikt eller for, som anført av saksøkerne, å øke vindersjansen e.l.) ikke oppfylte samtykkekravet. Dette fremgår tilstrekkelig klart av markedsføringsloven og Forbrukerombudets retningslinjer. I denne forbindelse må det legges vekt på at saksøkerne var profesjonelle aktører. Det forelå dermed i realiteten intet behov for ytterligere veiledning om dette. Ytterligere utredning og veiledning ville uansett ikke ha kunnet rettet opp feil som av denne grunn allerede forelå i basen.

Saksøkerne kan ikke skylde på at regelverket og retningslinjene ikke ga nærmere veiledning om hvordan man sikrer "notoritet" over og dokumentasjon for samtykkene, og at regelverket ikke stilte krav om bruk av dobbelt opt-in-modellen. Dette var det opp til saksøkerne selv å avklare innenfor regelverket når saksøkerne valgte ikke å benytte seg av den anbefalte dobbelt opt-in-modellen. Det var saksøkerne som skulle bevise at forbrukerne som klaget, hadde gitt forhåndssamtykke. Det var denne dokumentasjonen Forbrukerombudet ba om. Det kan ikke foreligge noen tvil om at dette også fulgte klart av regelverket og Forbrukerombudets retningslinjer. At det ikke var mulig for saksøkerne å skille ut samtykker som var gitt på andres vegne for å øke vindersjansene eller i sjikanehensikt e.l., skyldtes igjen saksøkerne eget valg om ikke å benyttet dobbelt opt-in-løsningen. At slike "samtykker" lå utenfor lovens rammer, må være åpenbart. Eventuell manglende veiledning her foranlediget av Advokatfirmaet Langseth sine brev, kan dermed heller ikke medføre ugyldighet selv om brevene ble møtt med "*øredøvende taushet*".

Det var ingen saksbehandlingsfeil som hadde betydning for vedtakene, at Forbrukerombudet ikke utredet nye opplysninger fra Mobile Marketing AS som etter det anførte skulle vise at Forbrukerombudet uriktig hadde lagt til grunn at tidspunktene for samtykker innhentet via kampanjer for Smart Club, ikke var sammenfallende med tidspunktene for vervekampanjene og utsendelse av kundeavis. Da Mobile Marketing AS valgte å fjerne alle medlemmer tilknyttet via Smart Club fra basen "*for å synliggjøre samarbeidsvilje overfor Forbrukerombudet*", hadde Forbrukerombudet ikke noen foranledning til å utrede dette nærmere selv om Mobile Marketing AS fastholdt at samtykkene var gyldige.

Retten legger som Markedsrådet til grunn at det var uheldig at en av klagerne (Kjersti Rønning Haug) som forbudsvedtakene viser til, var ektefellen til Frode Elton Haug som var en av de sentrale rådgiverne hos Forbrukerombudet. Retten mener som anført av staten, at dette likevel i seg selv ikke kan medføre ugyldighet. Ektefellen var ikke part i saken, jf. § 2 annet ledd annet punktum i Forskrift om Forbrukerombudet og Markedsrådet som bestemmer: *"Den som klager en sak inn for Forbrukerombudet regnes ikke som part etter forvaltningsloven i saken mellom den innklagede og Forbrukerombudet"*.

Forbrukerombudets rådgiver var dermed ikke inhabil etter forvaltningsloven § 6 først ledd som bestemmer at en offentlig tjenestemann er ugild til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak når han selv er part eller er i nær slekt med eller har en annen nær tilknytning til en part i saken slik som beskrevet i bestemmelsens første ledd. Rådgiveren var heller ikke inhabil etter § 6 annet ledd som bestemmer: *"Likeså er han ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til"*. Det foreligger ingen holdepunkter for at rådgiveren eller ektefelle hadde noen personlig eller privat interesse i utfallet av saken. Det har også i høy grad formodningen mot seg at rådgiverens tilknytning til saken gjennom ektefellens klage, har påvirket hans og Forbrukerombudets standpunkt, jf. forvaltningsloven § 6 fjerde ledd. Retten mener derfor etter en samlet vurdering at Forbrukerombudets rådgiver ikke var inhabil og at eventuell inhabilitet uansett ikke har virket inn på vedtakets innhold. Kjersti Rønning Haug var en av mange klagere og hennes klage var ikke bærende eller avgjørende for Forbrukerombudets vedtak. Det er dessuten sannsynliggjort at hennes klage var berettiget. Kjersti Rønning Haug mente at hun ikke kunne ha samtykket med den registrerte IP-adressen (91.123.46.158) fordi hun aldri hadde vært oppkoblet til Hardanger Breiband som IP-adressen hørte til. Dette støttes av Jan Fredrik Leversund forklaring som sakkyndig vitne. Ifølge Leversund er det *"forsvinnende lite sannsynlig"* at Kjersti Rønning Haug kan ha samtykket med denne registrerte IP-adressen uten å ha befunnet seg i Hardanger.

Forbrukerombudets vedtak er etter rettens oppfatning heller ikke ugyldige på grunn av saksbehandlingsfeil i form av manglende eller mangelfull begrunnelse, jf. forvaltningsloven § 24 og § 25. Når det gjelder begrunnelsens innhold, bestemmer forvaltningsloven § 25 at:

I begrunnelsen skal vises til de regler vedtaket bygger på, med mindre parten kjenner reglene. I den utstrekning det er nødvendig for å sette parten i stand til å forstå vedtaket, skal begrunnelsen også gjengi innholdet av reglene eller den problemstilling vedtaket bygger på.

I begrunnelsen skal dessuten nevnes de faktiske forhold som vedtaket bygger på. Er de faktiske forhold beskrevet av parten selv eller i et dokument som er gjort kjent for parten, er en henvisning til den tidligere framstilling tilstrekkelig. I tilfelle skal det i underretningen til parten vedlegges kopi av framstillingen.

De hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes. Er det gitt retningslinjer for skjønnsutøvingen, vil i alminnelighet en henvisning til retningslinjene være tilstrekkelig.

Forbrukerombudets to 15 siders vedtak er omfattende og grundige, og oppfyller etter rettens oppfatning klart de krav til begrunnelsens innhold som forvaltningsloven stiller. Retten kan heller ikke se at det er nærmere anført på hvilke punkter begrunnelsen svikter på en slik måte at vedtakene må anses ugyldige.

Når det gjelder den anførte hjemmelsmangel, kan retten i lys av det som er lagt til grunn ovenfor, ikke se at Forbrukerombudet har tolket reglene om vedtakskompetanse feil.

Forbrukerombudet hadde kompetanse til å fatte vedtakene fordi frivillig ordning etter forhandlingsmodellen i realiteten forgjeves var forsøkt, jf. markedsføringsloven § 35 tredje ledd. Forbrukerombudet hadde på bakgrunn av mottatte klager, over tid søkt å påvirke Mobile Marketing AS til å innrette seg etter § 2 b (§ 15 i den nye loven). Det vises til saksfremstillingen ovenfor og den beskrivelse som er gitt i Forbrukerombudets vedtak av hvordan Forbrukerombudet forholdt seg fra de første klagenes innkom og til varselet om forbudsvedtak ble sendt.

At Forbrukerombudet hadde konstaterte brudd i lovens forstand, må legges til grunn selv om det i varselet av 5. mai 2009 språklig sett var inntatt en forutsetning om at klagernes opplysninger var riktige. Retten kan ikke se at det er riktig som anført av saksøkerne, at Forbrukerombudet uten nærmere vurdering likestilte enhver klage med at det forelå brudd. Slik saken er opplyst, må retten legge til grunn at klagen ble undersøkt og vurdert av Forbrukerombudet før det ble konstatert brudd. Det var det også grunnlag for slik retten blant annet har kommet til når det gjelder klagerne som avga forklaring under hovedforhandlingen. Brudd som utløste plikten til å søke etter frivillig ordning, var altså i realiteten konstatert og frivillig ordning forgjeves forsøkt før varselet om forbudsvedtak ble sendt og vedtakene senere fattet.

Retten mener derfor at Forbrukerombudet etter omstendighetene hadde kompetanse til å fatte hastevedtak i medhold av markedsføringsloven § 37 første ledd som bestemmer:

Forbrukerombudet kan fatte vedtak etter § 39 dersom det ikke er oppnådd frivillig ordning og Forbrukerombudet antar at det vil medføre ulempe eller skadevirkning å avvente Markedsrådets vedtak.

Etter § 39 (som bestemmelsen viser til) kan det fattes vedtak om forbud etter § 40 og tvangsmulkt etter § 42 forutsatt at Forbrukerombudet *"finner at inngrep tilsies av hensyn som nevnt i § 34 annet ledd"*. Markedsføringsloven § 34 regulerer Forbrukerombudets tilsynsområde. Det er ikke omtvistet at man her er innenfor Forbrukerombudets tilsynsområde.

Vurderingen av om hastekompetanse etter § 37 første ledd skal benyttes, er overlatt til Forbrukerombudets skjønn, jf. bestemmelsen ordlyd og bruken av ordene ”kan” og ”antar”. Det var ikke oppnådd frivillig ordning og Forbrukerombudet hadde grunnlag for å ”anta” at ulempe- og skadekriteriet ved å avvente Markedsrådets avgjørelse, var oppfylt. Det var dermed opp til Forbrukerombudet skjønn om hastevedtak skulle fattes, og retten kan ikke se at det i denne forbindelse foreligger noen form for myndighetsmisbruk. Det ble ikke tatt utenforliggende hensyn, og det foreligger ikke myndighetsmisbruk i form av vilkårlighet eller urimelighet. Staten har anført at terskelen for hastevedtak i et tilfelle som dette ikke er høy. Det er tilstrekkelig at det foreligger fare for nye brudd. Dette er ikke betinget av store skadevirkninger knyttet til hvert enkelte brudd. Det vil etter det anførte være tilstrekkelig med flere brudd av isolert sett liten betydning. En viss støtte for dette gir Ot.prp.nr.38 (1979-1980) side 43 som forarbeidene til den nye markedsføringsloven viser til. Her dreide seg om (som anført av staten) hyppige utsendelser av store mengder e-postreklame hvor hele saksbehandlingen for Forbrukerombudet tydet på at utsendelsene og dermed klagene, ville fortsette. Retten legger i denne forbindelse til grunn at styrevedtaket i Mobile Marketing AS (om å innstille aktiviteten til rettslig avklaring av saken i Markedsrådet forelå og som Markedsrådet har vist til i sitt vedtak), ikke var blitt kommunisert før saken var til behandling i Markedsrådet. Retten legger til grunn at Forbrukerombudet ikke var kjent med styrevedtaket. Virksomheten ble heller ikke innstilt fra og med styrevedtaket idet det under hovedforhandlingen ble presisert av saksøkerne at vedtaket ikke omfattet løpende kampanjer. Dersom styrevedtaket hadde blitt kommunisert til Forbrukerombudet forut for vedtaket og Oslo byfogdembete sin behandling av saken, ville dette ha fremgått av brevene fra Advokatfirmaet Langseth siden styrevedtaket kunne ha betydning for om vilkårene for hastevedtak var oppfylt eller ikke. Likevel foreligger det ikke spor av at dette ble opplyst i den fremlagte dokumentasjonen for Forbrukerombudet og Oslo byfogdembete, så vidt retten kan se. At dette burde ha fremgått av brevene dersom det var blitt påberopt og dermed kjent for Forbrukerombudet, finner også støtte i advokat Einar Langseth sin forklaring. Han har forklart, slik retten har oppfattet ham, at hvis styrevedtaket eller innholdet i vedtaket ble kommunisert til Forbrukerombudet, vil det fremgå av advokatfirmaet sine brev og annen korrespondanse, noe det ikke gjør. Retten mener derfor at Markedsrådet tar feil når det som premiss for utsagnet om at det måtte anses tvilsomt om vilkåret ”skade/ulempe” var oppfylt, legges til grunn at styrevedtaket var kjent for Forbrukerombudet.

Retten har etter dette kommet til at Forbrukerombudets to vedtak ikke var ugyldige på grunn av feil faktum, saksbehandlingsfeil eller hjemmelsmangel, og det foreligger dermed ikke noe ansvarsgrunnlag for saksøkernes anført tap.

Retten mener at staten uansett ikke ville kunne holdes erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag. Det vises til det staten i denne forbindelse har anført ovenfor under henvisning til blant annet Rt.2010 side 291 og juridisk teori.

Staten ville heller ikke kunne holdes erstatningsansvarlig etter skadeerstatningsloven § 2-1 idet retten uansett ikke kan se at det foreligger noen erstatningsbetingende uaktsomhet fra Forbrukerombudets side. Dette gjelder også Forbrukerombudets mediehandtering. Ifølge Markedsrådet fremstår mediefokuseringen riktignok som uheldig, noe retten kan være enig i, særlig for så vidt som Markedsrådet la til grunn at vedtakene var basert på uriktig faktisk grunnlag. Retten mener likevel at mediefokuseringen ikke var erstatningsbetingende uaktsomt sett i lys av den medieoppmerksomhet som hadde vært, blant annet fra DinSide (den 19.08.2008: "Sendte ulovlig spam i månedsvis"), og den informasjonsrolle og det informasjonsansvar Forbrukerombudet har etter "Forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv." § 3. Det følger av bestemmelsen at Forbrukerombudet skal legge vekt på "å gjøre institusjonen kjent blant publikum og på å informere publikum og de næringsdrivende om lovens bestemmelser og om institusjonens praksis". Det var så vidt retten kan se tilstrekkelig saklig og korrekt informasjon som ble gitt. Staten kan ikke være erstatningsansvarlig for den måten media valgte å omtale dette på.

Det foreligger uansett ingen årsakssammenheng mellom Forbrukerombudets mediehandtering og saksøkernes tap. Mobile Marketing AS kunne ha fortsatt virksomheten, men valgte å innstille virksomheten. Dette skyldtes mest sannsynlig, som lagt til grunn ovenfor, kvalitetsmanglene ved samtykkebasen og ikke Forbrukerombudets mediehandtering. Saksøkerne var klar over at samtykkebasen inneholdt ikke reelle samtykker med derav følgende risiko for klager og tvangsmulkt. Derfor ble virksomheten innstilt.

Staten blir etter dette å frifinne.

Ad. sakskostnader

Staten har vunnet saken og har etter tvisteloven § 20-2 første ledd krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten. Unntaket etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd kommer ikke til anvendelse idet det ikke foreligger tilstrekkelig "tungtveiende grunner" til å fritta saksøkerne for erstatningsansvaret. Saken ble ikke først bevismessig avklart etter saksanlegget og slik saken har blitt opplyst for tingretten, har den heller ikke vært så tvilsom at saksøkerne har hatt god grunn til å få den prøvd for domstolene. Markedsrådets vedtak gir riktignok grunnlag for tvil. Andre tungtveiende grunner kan ikke sees å foreligge og etter en samlet vurdering har retten kommet til at det ikke foreligger tilstrekkelig grunnlag for fritak.

Advokat Nisja har inngitt slik sakskostnadsoppgave:

1. Salær for saksforberedelse og hovedforhandling	kr 162000,-
2. Utgifter til kopiering av utdrag ol	kr 12740,-
3. Utgifter til vitner og sakkyndige	kr 39110,-
<u>Sum sakskostnader</u>	<u>kr 213850,-</u>

Det er ikke fremsatt innvendinger mot sakskostnadsoppgaven som legges til grunn idet oppgaven ikke overstiger det som har vært nødvendig og som det *"ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem"*, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.

Staten tilkjennes sakskostnader med kr 213 850.

Tvisteloven § 20-6 bestemmer for saker med flere parter på samme side, at:

(1) Er det flere parter på samme side, avgjøres rett og plikt til sakskostnader i forhold til motparten særskilt for hver part.

(2) Pålegges flere parter sakskostnader, kan retten bestemme at de skal hefte felles for hele eller deler av beløpet. Det legges blant annet vekt på nærheten mellom de krav som er behandlet, og motpartens muligheter for å få dekning. Retten fordeler ansvaret innbyrdes mellom parter som hefter felles, dersom dette er begjært.

Nærheten mellom de krav som er behandlet, taler her for at partene hefter felles for hele beløpet. Noe annet er heller ikke anført. Retten bestemmer på denne bakgrunn i medhold av tvisteloven § 20-6 annet ledd at saksøkerne skal hefte felles for de sakskostnader som saksøkte tilkjennes.

Dommen er enstemmig.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er reisefravær, påskeferie, annen saksavvikling samt at saken har vært omfattende og tidkrevende.

DOMSSLUTNING

1. Staten v/Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet frifinnes.
2. Mobile Marketing AS og Arne Fjeld pålegges som solidarisk ansvarlige å erstatte staten v/Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet sine sakskostnader med 213 850 – tohundreogtrettentusenåttehundreogfemti – kroner.
3. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.

Retten hevet

Axel Slettebøe

Ole Edon Johansen

Nancy Amanda Hessen

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegenstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegenstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankeinstansen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.