

Iagttagelser ved skiftet fra professor til højesteretsdommer

*Af højesteretsdommer, professor, dr.jur.
Jan Schans Christensen*

1. Emnevalg og baggrund

De seneste årtiers ændring i rekrutteringen af højesteretsdommere har ført til, at der i dag er flere dommere i Højesteret, der har en baggrund som advokat eller professor og ikke et karriereforløb med afsæt i Justitsministeriet, som er den klassiske vej til Højesteret.¹

Jens Peter Christensen og jeg har begge en baggrund som bl.a. juraprofessor, og det forekom mig derfor nærliggende i et festskrift til ham at beskæftige mig med netop skiftet fra universitetsverdenen til Højesteret, herunder hvorledes dette skifte påvirker ens arbejde, tankegang og syn på juraen.² Det er givetvis meget individuelt, hvorledes man oplever et sådant skifte, og jeg vil ikke på nogen måde påstå, at andre ser på tingene, som jeg gør.

1. Udviklingen i rekrutteringen til Højesteret er bl.a. behandlet af Lene Pagter Kristensen, »Højesterets arbejde 1961-2011«, i Per Magid m.fl. (red.), *Højesteret – 350 år*, 2011, s. 137 ff., især s. 146 ff. Særligt interesserede henvises til Ole Hammerslev, *Danish Judges in the 20th Century. A Socio-Legal Study*, 2003.
2. Jens Peter Christensen har som bekendt bl.a. været professor i offentlig ret ved Aarhus Universitet, og forfatteren til dette bidrag har bl.a. været professor i selskabsret ved Københavns Universitet.

2. Prøvevoteringen

Allerede indledningen til dommergerningen i Højesteret varsler en markant ændring i forhold til livet som universitetsprofessor.

Som professor er man bl.a. vant til at eksaminere studerende og andre, men det er absolut en undtagelse, at man selv eksamineres. Det hører for tiden til.

Heroverfor står, at man ikke kan blive højesteretsdommer, før man har gennemført fire prøvevoteringer med tilfredsstillende resultat. Dommerudnævnelsesrådet indstiller til prøvevotering, men det er Højesteret selv, der afgør, om prøvevoteringerne er forløbet tilfredsstillende.³

Det er længe siden, at en kandidat, der er påbegyndt prøvevotering, ikke er endt som højesteretsdommer. Senest var, da P.A. Alberti i 1907 udpegede en birkedommer, som han skyldte en tjeneste, til højesteretsdommer. Birkedommeren måtte trække sig efter at have prøvet i tre sager, angiveligt fordi han ikke mente, at hans evner slog til. På den ene side indgyder den gode statistik tillid til, at man nok skal komme igennem. På den anden side har ingen lyst til at være netop den, der bryder statistikken. Og i alle tilfælde ønsker man at gøre en god figur i forhold til dem, man håber, bliver ens fremtidige kolleger.

De uger eller evt. måneder, prøvevoteringerne og forberedelserne til disse strækker sig over, er derfor præget af et naturligt pres på prøvekandidaten. Man skal selvsagt kende den enkelte prøvesags faktum til bunds, og alle sagens retlige problemer skal identificeres og analyseres. Også præsentationen af sagen og dens problemer samt de løsninger, man har fundet frem til, skal forberedes omhyggeligt. Selve prøvevoteringen i den enkelte sag strækker sig typisk fra 1½ til 2½ time og afsluttes med prøvekandidatens oplæsning af udkast til præmisser.

3. Rammerne for arbejdet; specialist kontra generalist

Der er mange iøjnefaldende forskelle mellem arbejdet som professor og som højesteretsdommer, men jeg vil i det følgende koncentrere mig om

3. Systemet med prøvevoteringer er nærmere omtalt hos Jens Peter Christensen, »Højesteret og statsmagten«, i Per Magid m.fl. (red.), *Højesteret – 350 år*, 2011, s. 211 ff., især s. 218 ff.

henholdsvis professorens forskning og dommerens kerneydelse, forberedelsen af domme og kendelser.⁴

Selv om den juridiske forsker er undergivet en forskningsforpligtelse og forventes at publicere resultaterne af sin forskning, herunder i stigende omfang i internationale tidsskrifter på engelsk, har forskeren fortsat frihed til selv at vælge de emner, som han eller hun ønsker at beskæftige sig med. Forskeren er således i en vis forstand herre i eget hus og bestemmer naturligvis også selv, om f.eks. en kritik, som den pågældendes forskning er blevet mødt med, giver anledning til, at han eller hun modificerer eller tilpasser sine synspunkter. En forsker bliver i sidste ende vurderet individuelt, hvilket gælder, selv om forskeren indgår i faglige og andre samarbejder.⁵

I modsætning til, hvad der gælder i nogle lande, afgør Højesteret ikke selv, hvilke sager man ønsker at behandle, selv om det ved de ændringer af retsplejeloven, som fandt sted ved lov nr. 84 af 28. januar 2014, blev gjort klarere, at Højesteret primært skal behandle sager, der rummer principielle spørgsmål, og ikke sager, hvis udfald i det væsentlige beror på bevismæssige vurderinger. Den enkelte dommer afgør heller ikke, hvilke sager den pågældende skal deltage i.

Mens juridiske professorer forventes at besidde en særlig viden på det eller de områder, de er ansvarlige for, tages der ved sagsfordelingen i Højesteret ikke hensyn til, om dommerne har en relevant specialviden.⁶ Det anses for en styrke, at kortene hele tiden blandes, og at der ses på hver sag med friske øjne. Dette betyder bl.a., at den indsigt og erfaring, dom-

4. I det følgende vil fokus være på domme, herunder voteringen i forbindelse med og forberedelsen af domme, men mange af bemærkningerne vil have relevans også med hensyn til forberedelse og skrivning af kendelser. En del juridiske forskere beskæftiger sig med enkeltsager som medlem af råd og nævn, som dommer i voldgiftssager eller i forbindelse med afgivelse af responsa mv. Derimod vil juridiske forskere, når der bortses fra dem, der har været konstitueret i en af landsretterne, typisk ikke have domstolserfaring.
5. Forskerens publikationer fremgår af publikationslister, der er offentlige, og andre kan dermed forholde sig til den enkeltes forskning, for så vidt den har udmøntet sig i publicering.
6. Mange af dommerne i Højesteret har gennem deres tidligere karriereforløb og virke som f.eks. formand for råd og nævn samt deltagelse i lovforberedende arbejde specialviden på forskellige områder, som de kan drage nytte af. Det hænder også, at dommere, der er ved at forberede en sag, henvender sig til en kollega, som besidder specialviden af relevans for sagen, for at drøfte spørgsmål inden for specialområdet.

merne har opnået gennem arbejde med andre retsområder, inddrages, når der skal træffes afgørelse i en sag.

Indgående kendskab til et retsområde er en åbenlys styrke, men specialistens akilleshæl er, at han eller hun let kan komme til at overse regler uden for specialet, der har betydning for sagen. Den, der arbejder med f.eks. skatteret, kan komme i vanskeligheder, hvis den pågældende ikke har fornødent kendskab til forvaltningsret eller selskabsret, jf. f.eks. dommen i U 2015.2044 H. I denne sag ifaldt en revisor erstatningsansvar for det tab, der opstod som følge af SKATs tilbagekaldelse af en tilladelse til skattefri aktieombytning i forbindelse med et generationsskifte, som revisoren havde rådgivet om. Tilbagekaldelsen var begrundet med, at der i den omstrukturering, som var en del af forberedelsen af generationsskiftet, indgik en aktietegning i strid med forbuddet mod selvfinansiering i den dagældende aktieselskabslovs § 115, stk. 2.

Risikoen for »tunnelsyn« er mindre ved den arbejdsform, som Højesteret gør brug af, men nogle vil nok indvende, at det kan forekomme vanskeligt for ikke-specialister løbende at skulle sætte sig ind i nye retsområder. En af de ting, der slog mig, da jeg begyndte arbejdet i Højesteret, var imidlertid de øvrige dommers evne til hurtigt og på kritisk-konstruktiv vis at arbejde sig ind i centrum af vanskelige selskabsretlige eller kapitalmarkedsretlige problemstillinger, som jeg med min baggrund som professor mener at have et godt forhåndskendskab til. Det har bestyret mig i det rigtige i, at dommerne i Højesteret arbejder som generalister. Prisen, om man vil, for et system med generalistdommere er, at der stilles større krav til dommernes forberedelse af sagerne. Den pris er værd at betale.

Højesterets tilrettelæggelse af arbejdet sikrer endvidere, at det ikke helt bliver ganske få dommere, som afgør sagerne på de enkelte områder, hvilket må anses for en retssikkerhedsmæssig fordel.

Det er formentlig en konsekvens af det beskrevne system, at mange af Højesterets domme bærer præg af et ønske blandt dommerne om at skabe kohærens; retstilstanden og udviklingen inden for de enkelte retsområder ses ikke løsrevet, men i sammenhæng. Principper eller hensyn, som kendes fra et retsområde, genfindes ofte på andre områder, undertiden dog udtrykt på anden måde, og der kan derfor ikke sjældent hentes tankegods eller drages paralleller fra et område til andre områder. Den opmærksomme læser af Højesterets domme vil da også bemærke, at mange sager afgøres ud fra almindelige retsregler og principper snarere end ud fra komplicerede juridiske konstruktioner.

Dommen i U 2013.1312 H illustrerer bl.a., hvorledes regler på et retsområde må suppleres eller ses i sammenhæng med regler fra andre retsområder. Sagen angik det personlige erstatningsansvar for en formand og et bestyrelsesmedlem i en grundejerforening. Grundejerforeningen havde anlagt sag mod Transportministeriet og Rudersdal Kommune om gyldigheden af et kystsikringsprojekt ud for grundejerforeningens lokalområde. Byretten frifandt ministeriet og kommunen og pålagde grundejerforeningen at betale 150.000 kr. i sagsomkostninger til hver af de to sagsøgte. Grundejerforeningen ankede dommen til Østre Landsret, som stadfæstede byrettens dom og pålagde grundejerforeningen at betale sagsomkostninger for landsretten til ministeriet og kommunen med henholdsvis 120.000 kr. og 80.000 kr. Da grundejerforeningen ikke betalte de sagsomkostninger, som kommunen var blevet tilkendt, anlagde kommunen sag mod formanden og et bestyrelsesmedlem i foreningen med krav om erstatning af sagsomkostningerne for byret og landsret.

Både byretten og landsretten frikendte formanden og medlemmet med hensyn til sagsomkostningerne for byretten, men dømte dem til at betale sagsomkostningerne for landsretten. For Højesteret angik sagen alene spørgsmålet, om de to var personligt ansvarlige for betaling af sagsomkostningsbeløbet på 80.000 kr., som foreningen blev pålagt at betale for landsretten.

Før anlægget af sagen ved byretten havde grundejerforeningen antaget en erfaren advokat, som havde rådgivet bestyrelsen om, at foreningen havde en god sag. Bestyrelsen sikrede sig før sagens anlæg en maksimering af foreningens egne direkte omkostninger til advokat mv. og handlede i tillid til advokatens oplysning om, at sagsomkostninger til modparterne ved en tabt sag ikke ville være over 60-80.000 kr. Både sagsanlæg og anke skete i henhold til en generalforsamlingsbeslutning.

Da byrettens dom forelå, var det klart, at foreningen ikke havde midler til at dække det omkostningsbeløb, som den var blevet pålagt af byretten, og måtte antages at bryde økonomisk sammen, hvis denne afgørelse stod ved magt.

Foreningens advokat anbefalede bestyrelsens repræsentanter at anke sagen, idet han tilkendegav, at dommens afgørelse af det materielle spørgsmål var forkert, og at der var overvejende sandsynlighed for at vinde under anken. Advokaten gav også udtryk for, at omkostningsafgørelsen var klart i strid med retspraksis og derfor ville blive ændret, også i tilfælde af, at foreningen tabte anken, således at sagsomkostninger i hver instans til modparterne i alt ville være 60-80.000 kr. Advokaten anbefale-

de anke inden udløbet af eksekutionsfristen på 14 dage. Bestyrelsesformanden og -medlemmet traf på foreningens vegne beslutning om anke og om efterfølgende at søge beslutningen godkendt af bestyrelsen, således som det skete, idet der ikke var tid til at afvente et bestyrelsesmøde.

Det var ifølge Højesteret ikke godtgjort, at det var urealistisk, at bestyrelsesformanden og -medlemmet på tidspunktet for ankebeslutningen fortsat forventede, at foreningen ville kunne honorere sagens omkostninger under anken, hvis sagsomkostningerne blev reduceret til beløb i den størrelsesorden, som advokaten havde tilkendegivet. De måtte derimod forvente, at foreningen ikke ville være i stand til at dække modparternes sagsomkostninger i worst case-scenariet, dvs. hvis byrettens dom blev stadfæstet og foreningen pålagt yderligere at betale sagsomkostninger for landsretten, som det senere skete. Højesteret fandt imidlertid, at de uanset dette forhold ikke handlede ansvarspådragende ved på foreningens vegne at træffe beslutning om at få prøvet byrettens dom ved anke, som anbefalet af advokaten. Det var ifølge Højesteret heller ikke ansvarspådragende for bestyrelsen at undlade at sikre, gennem kontingentopkrævning eller på anden måde, at foreningen kunne betale sagsomkostninger til ministeriet og kommunen i worst case-scenariet.

I de indledende bemærkninger i Højesterets begrundelse, under omtalen af bestyrelsesansvaret i grundejerforeninger, anføres, at et medlem af bestyrelsen kan blive erstatningsansvarlig for en retsstridig, tabsforvoldende disposition, der kan tilregnes den pågældende som forsætlig eller uagtsom. Det er altså dansk rets almindelige erstatningsregel, culperegelen, der finder anvendelse.

Herefter følger – næsten som i en juridisk lærebog – en forklaring om, at anvendelsen af denne ansvarsnorm forudsætter, at der sker en fastlæggelse af de pligter, der påhviler bestyrelsesmedlemmer, hvorefter der kort redegøres for de særlige karakteristika ved grundejerforeninger og arbejdet i disses bestyrelser. I næste del af domsbegrundelsen fastslås det, at fejlskøn som udgangspunkt ikke vil være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer, hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag. Denne regel, der kendes fra selskabsretten som »the business judgment rule«, indebærer, at domstolene er tilbageholdende med efterfølgende at censurere skønsmæssige beslutninger, der er truffet på et forsvarligt grundlag, og uden at der foreligger illoyalitet fra den eller de

besluttendes side.⁷ Reglen er formentlig lige så anvendelig ved bedømmelsen af grundejerforeningsbestyrelser som ved stillingtagen til ansvaret for kapitalsekskabers bestyrelser.

Højesteret valgte imidlertid ikke at afgøre sagen ud fra disse almindelige selskabs- eller foreningsretlige principper alene, men lagde tillige vægt på, at der ikke var hjemmel i retsplejeloven til, selv om grundejerforeningen var økonomisk usolid, at stille krav om sikkerhed for sagsomkostninger, heller ikke under en anke. Hvis bestyrelsesformanden og -medlemmet var blevet holdt ansvarlig for kommunens sagsomkostninger, ville man i realiteten indføre et krav om sikkerhedsstillelse. Dette kunne i øvrigt forekomme særligt byrdefuldt i den konkrete sag, hvor bestyrelsen ud fra den rådgivning og anbefaling, man havde modtaget og baseret sig på, havde grund til at antage, at byrettens afgørelse var forkert.

4. Voterings- og domsskrivningsprocessen i Højesteret; domsbegrundelsen

Selv om dommerne under forberedelsen af sagerne på egen hånd foretager undersøgelser, som minder om de undersøgelser af bl.a. forarbejder, retspraksis og juridisk teori, som en forsker foretager i forbindelse med forberedelsen af f.eks. en artikel, adskiller voterings- og domsskrivningsprocessen sig afgørende fra forskerens arbejde.

Det er kendetegnende for processen, at dommen er resultatet af flere dommeres arbejde. Højesteretsdommeren indgår altid i et kollegium, og det produkt, der fremkommer gennem de fælles anstrengelser – dommen eller kendelsen – er ikke noget, den enkelte dommer har ejerskab til. Det er Højesterets dom, og omverdenen vil se på den som sådan – ikke blot som resultatet af de medvirkende dommeres personlige indsats.

Selve voteringsprocessen i Højesteret er blevet behandlet af andre tidligere, og mine bemærkninger i det følgende vil derfor alene angå brugen under forberedelsen og voteringen af juridisk teori.⁸

7. Jf. U 1981.973 H og Jan Schans Christensen, *Kapitalsekskaber*, 4. udg., 2014, s. 700 f.

8. Voteringsprocessen er nærmere omtalt af Lene Pagter Kristensen, »Højesterets arbejde 1961-2011«, i Per Magid m.fl. (red.), *Højesteret – 350 år*, 2011, s. 137 ff., især s. 164 ff.

Juridisk teori anvendes både af førstevoterende og af de øvrige deltagende dommere til at orientere sig på områder, hvor den enkelte dommer finder dette nyttigt, f.eks. fordi der er tale om et område, som dommeren ikke kender nærmere til på forhånd, eller med henblik på, at dommeren kan bringe sin viden ajour. Herudover – og dette er måske det mest interessante i denne sammenhæng – tjener teorien til inspiration for dommerne. Både under forberedelses- og voteringsprocessen vil dommerne søge efter de synspunkter, der støtter henholdsvis taler imod det, som den enkelte part har anført. De dele af den juridiske teori, der er mest værdifulde i denne proces, er således de fremstillinger, der ikke blot indeholder forfatterens standpunkt, men tillige en – gerne udførlig – begrundelse herfor. Argumenterne vejer her tungere end forfatterens navn og titel, og det hænder således, at erfarne og anerkendte juridiske forfattere oplever, at deres synspunkter ikke vinder gehør i Højesteret.

Dommen i U 2012.1228 H er et godt eksempel på, hvilken rolle juridisk teori spiller for Højesterets domme.⁹ Sagen angik bankTrelleborg, der var kommet i økonomiske vanskeligheder, og som skulle overtages af og fusioneres med Sydbank. I den forbindelse blev bankTrelleborgs mindretalsaktionærer tvangsindløst af Fonden for bankTrelleborg efter den dagældende bestemmelse i § 144 i lov om finansiel virksomhed (FIL), hvorefter en bestyrelse efter anmodning fra en aktionær, der ejer 70 % eller mere af aktierne i pengeinstituttet, kan træffe beslutning om at indløse de øvrige aktionærers aktier i pengeinstituttet. Sagen var anlagt af minoritetsaktionærerne som gruppesøgsmål mod fonden, Sydbank og Finanstilsynet og angik tvangsindløsningens lovlighed og minoritetsaktionærernes eventuelle krav på yderligere betaling.

Et af spørgsmålene i sagen var, om bankens egne aktier skulle medregnes ved beregningen af, om Fonden for bankTrelleborg opfyldte 70 %-kravet. Hvis bankens egne aktier blev medregnet, var 70 %-kravet ikke opfyldt i sagen, mens kravet var opfyldt, hvis der skulle ses bort fra egne aktier ved beregningen. Hverken ordlyden af FIL § 144 eller bestemmelsens forarbejder tog stilling til spørgsmålet, om end den manglende særbehandling af egne aktier i bestemmelsen vel kunne tolkes derhen, at egne aktier ikke indtog en særstilling. Heller ikke den beslægtede bestemmelse i den dagældende aktieselskabslovs § 20 b (som i dag er afløst af selskabslovens § 70) eller denne bestemmelses forløbere gav megen vej-

9. Sagen var en af de fire sager, som forfatteren til dette bidrag deltog i som prøvevoterende.

ledning, og det samme var tilfældet med den øvrige selskabsretlige regulering af egne aktier. I et notat fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der var fremlagt i sagen, var bl.a. anført, at det var styrelsens praksis, at hvis et datterselskab ejede egne aktier, kunne der i relation til selskabets indløsningsret ses bort fra sådanne egne aktier ved beregningen af, om moderselskabet ejede mere end 9/10 af aktiekapitalen, men at det ikke havde været muligt at finde sager, hvor styrelsen havde udtalt sig herom. Der kunne altså siges at foreligge en myndighedsopfattelse, men ikke en myndighedspraksis om spørgsmålet.

Første gang, der blev taget stilling til spørgsmålet i den juridiske litteratur, var så vidt ses i den kommenterede aktieselskabslov fra 1982.¹⁰ Det anføres her til støtte for det synspunkt, at der skal ses bort fra egne aktier, at en sådan fortolkning er »ubetænkelig, da selskabet i modsat fald kunne nedskrive kapitalen med de egne aktier/anparter og derved opnå samme resultat. Aktierne/anparterne kunne også overdrages til moderselskabet. En sådan overdragelse vil endog kunne finde sted selvom der derved og alene derved skabes en § 20 b-situation«. Samme løsning var nævnt i andre dele af den juridiske teori, undertiden med en henvisning til lovkommentaren eller til aktieselskabslovens § 67, stk. 3, om egne aktier.

Det synspunkt, der udtrykkes i lovkommentaren, fremstår for så vidt pragmatisk og rimeligt med sit afsæt i realiteten snarere end i formaliteten. Synspunktet finder imidlertid ingen støtte i lov eller forarbejder. Hertil kommer, at man kan indvende, at den omstændighed, at selskabet kan nedsætte aktiekapitalen med de pågældende egne aktier, ikke er ensbetydende med, at der gennemføres en nedsættelse. Nedsættelsen sker ikke automatisk, men forudsætter, at de selskabsretlige krav til bl.a. nedsættelsesbeslutningen iagttages. Heller ikke det forhold, at selskabet har mulighed for at overdrage sine aktier til moderselskabet (her: hovedaktionæren), er ensbetydende med, at dette faktisk sker. Den blotte mulighed for ved en retshandel at bringe sig en bestemt retsposition kan ikke føre til, at man stilles, som om retshandlen var gennemført. Man kan også spørge, hvor tungt de pragmatiske hensyn vejer, når de holdes op mod de konsekvenser, tvangsindløsning har for de berørte minoritetsaktionærer.

Højesterets flertal fandt, at tvangsindløsning var et intensivt indgreb over for minoritetsaktionærerne, og at FIL § 144 i overensstemmelse med ordlyden måtte forstås således, at det var en betingelse for, at der kunne

10. Jf. Bent Græsvænge, Viggo Larsen og Niels Thomsen, *Kommenteret aktieselskabslov*, 2. udg., 1982, s. 138. Synspunktet genfindes i senere udgaver af lovkommentaren.

træffes beslutning om tvangsindløsning af minoritetsaktionærernes aktier, at den aktionær, som anmoder om tvangsindløsning, ejer 70 % eller mere af alle aktierne i pengeinstituttet, således at pengeinstituttets beholdning af egne aktier medregnes. Da denne betingelse ikke var opfyldt, fandt flertallet, at tvangsindløsningen ikke var lovlig.

Mindretallet anførte bl.a., at bestemmelsen i § 144 ifølge forarbejderne har til formål at forbedre mulighederne for overtagelse eller rekonstruktion af et kriseramte pengeinstitut, og at de hensyn, som de selskabsretlige regler normalt varetager, ikke har samme styrke i denne situation. Disse dommere fandt, at opgørelsen af ejerandelen i relation til § 144 skulle ske efter samme principper som efter aktieselskabslovens § 20 b og efter § 20 d (om minoritetens ret til at kræve sig indløst), også for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt pengeinstituttets beholdning af egne aktier skal medregnes ved beregningen af aktionærens ejerandel. I overensstemmelse med, hvad der ifølge mindretallet måtte anses for at have været et almindeligt gældende princip inden for selskabslovgivningen siden aktieselskabsloven fra 1930, fandt disse dommere endvidere, at der måtte ses bort fra et selskabs egne aktier ved opgørelsen af såvel stemmeandel som ejerandel.

Det er vist ikke for meget sagt, at den gængse opfattelse i den selskabsretlige litteratur – og jeg tror også blandt advokater – var, at den redegørelse for retstilstanden, som fandt udtryk i lovkommentaren, var rigtig. Mange har givetvis tillagt det stor betydning, at kommentaren var forfattet af ledende medarbejdere i den relevante ressortmyndighed, Aktieselskabsregisteret (nu: Erhvervsstyrelsen), og at synspunktet i øvrigt ikke var blevet udfordret i en årrække. Dommen viser imidlertid, at selv udbredte og ganske faste antagelser i juridisk teori ikke har samme gennemslagskraft i Højesteret, når de ikke finder støtte f.eks. i lovforarbejder eller i sig selv er så overbevisende, at de kan tynde vægtskålen ned.¹¹

11. Højesteret fandt, at uanset om lovens betingelser for tvangsindløsning af minoritetsaktionærernes aktier var opfyldt eller ej, var minoritetsaktionærerne berettiget til et vederlag for aktierne, som svarede til deres værdi fastsat ud fra handelsværdien. Der var ikke noget grundlag for at antage, at aktiernes handelsværdi var højere end det beløb, som var betalt til aktionærerne, og minoritetsaktionærernes betalingskrav blev derfor ikke taget til følge.

Som jeg har anført tidligere, er det efter min opfattelse mest træffende at betegne juridisk teori som inspiration for domstolene.¹²

En forsker vil naturligt lægge vægt på at få formidlet sit budskab nøjagtig på den måde og i den sproglige form, som den pågældende foretrækker. Man ønsker ikke at gå på kompromis med dette. Mange forfattere kender til den glæde, man kan blive grebet af, når de valgte ord og vendinger synes at få budskabet til at fremstå med særlig klarhed og præcision. Denne »author's pride« næres af, at ord og vendinger, der er nedskrevet i et manuskriptudkast, efter nogen tid har en tendens til at rodfæste sig hos forfatteren som værende særligt egnede til at formidle budskabet, og den forstærkes af, at der i skriveprocessen typisk ikke er nogen til at sige forfatteren imod.

Author's pride spiller ingen større rolle i Højesterets domsskrivningsproces. Førstevoterende vil som afslutning på sin votering oplæse det udkast til præmisser, som den pågældende har forberedt på forhånd. Medmindre voteringen har vist, at udkastet ikke udgør et hensigtsmæssigt udgangspunkt for de videre drøftelser – hvilket ikke er normen – vil den efterfølgende domsskrivning ske med afsæt i førstevoterendes domsudkast. Dette er dog ikke til hinder for, at andre dommere fremkommer med deres forslag til (dele af) begrundelsen, hvilket sker jævnlige. Der vil typisk først være en drøftelse blandt dommerne af den overordnede tilgang i domsudkastet. Når denne ligger fast, vil der være en indgående drøftelse af de enkelte problemer, som sagen giver anledning til, og hvorledes disse skal løses, og hvordan løsningerne skal finde udtryk i dommen. Er der umiddelbart forskellige opfattelser med hensyn til, hvorledes eller med hvilken begrundelse sagen skal afgøres, må det undersøges nærmere og afklares, om de divergerende opfattelser afspejler reelle meningsforskelle, eller om dommerne kan samles om et fælles resultat og en begrundelse. Hvis dette ikke er tilfældet, vil arbejdet med domsskrivningen med fordel kunne opdeles, således at de dommere, der tegner flertallet, skriver deres begrundelse, mens mindretallet arbejder videre med deres begrundelse. Flertallet og mindretallet vil i alle tilfælde kommentere på begge eller alle begrundelserne med henblik på at sikre, at de konkurrerende synspunkter står klare.

12. Jf. nærmere om retskilder hos Henrik Zahle, *Retstens kilder*, 1999, Mads Bryde Andersen, *Ret og metode*, 2002, s. 159 ff., samt W.E. von Eyben, *Juridisk Grundbog*, 5. udg. 1991, Bind 1, Retskilderne.

I domsskrivningsprocessen lægger dommerne vægt på, at den begrundelse, der gives for resultatet, er fyldestgørende og klar og skrives i et sprog, der ikke tynges af kancellistil eller i øvrigt af unødvendige ord eller vendinger. Selv om der er variationer afhængigt af bl.a. sagens karakter og kompleksitet, har der i de senere år kunnet ses en udvikling hen imod mere fyldige præmisser og en mere ligefrem og moderne skrivestil.

Højesteretsdommere har ligesom andre forskellige måder at skrive på, og førstevoterende kan gennem sit udkast lægge op til en bestemt stil, men ingen gør krav på, at netop vedkommendes stil skal følges. Her viser den enkeltes præferencer for kollegiets fælles ønske om at opnå det, der anses for den bedst mulige måde at udtrykke afgørelsen på. Ofte anvendes der da også endog meget tid på de enkelte sætninger for på bedst mulig måde at få de væsentlige pointer frem.

Under drøftelserne af domsudkastet gennemgås tekstforslaget, og der fremføres argumenter for og imod de forskellige mulige alternative formuleringer. Synspunkter fastholdes, indtil de viser sig uholdbare, eller der blot fremkommer mere overbevisende synspunkter. Diskussionen efter voteringen kan være ganske livlig og finder sted med henblik på at sikre, at alle sten vendes, og at alle relevante betragtninger, herunder udtryk for tvivl mv., bringes frem og drøftes. Ikke mindst i lyset af, at Højesteret træffer afgørelse som sidste instans, præges arbejdet med dommen af åbenhed over for den enkeltes synspunkter og drives af et fælles ønske om at tage stilling til sagens problemer på det bedst mulige grundlag.

Når dommen er afsagt, er der sat punktum i sagen. Der kommer ingen senere udgaver af dommen, hvor eventuelle urigtigheder eller svagheder kan korrigeres.¹³

Både forberedelsen, voteringsprocessen og domsskrivningen sker ud fra den grundlæggende forudsætning, at der træffes en afgørelse i en konkret sag, som samtidig ofte rummer principielle aspekter. Dette er en af årsagerne til, at Højesterets domme de senere år har indeholdt mere omfattende præmisser, hvor der gøres mere end tidligere ud af at formidle og forklare Højesterets begrundelse for afgørelsen. Ikke desto mindre bliver det undertiden anført, at det ville være ønskeligt, om Højesteret i sine domme, navnlig på skønmæssigt betonedede områder, i videre omfang udtrykte sig på en sådan måde, at man kunne udlede en egentlig regel af dommene, f.eks. til gavn for parterne i sammenlignelige sager. Hø-

13. Jeg ser her bort fra berigtigelsesadgangen efter retsplejelovens § 221.

jesteret udviser en vis tilbageholdenhed med at udtrykke håndfaste regler i sine domme. Helt bortset fra, at selv sager, der umiddelbart ligner hinanden, ofte viser sig at rumme væsentlige forskelle, træffer de advokater, der præsenterer en konkret sag, en række valg med hensyn til, hvorledes sagen skal præsenteres, herunder hvilket faktum som lægges frem eller betones, og hvilke anbringender der fremføres, dvs. hvorledes sagen skal lægges op. Dette har naturligvis betydning for Højesterets dom. Ofte er det vanskeligt meningsfyldt at fastlægge en regel, uden at den enten får et meget begrænset anvendelsesområde eller må udtrykkes med reservationer, i begge tilfælde med den konsekvens, at reglens praktiske anvendelighed reduceres væsentligt.¹⁴

Det var tidligere almindeligt, at en eller flere af de højesteretsdommere, der havde deltaget i en sag, kommenterede dommen i Ugeskrift for Retsvæsens litterære afdeling. Kommentarerne, hvis retskildemæssige status var omdiskuteret, indgik naturligvis i den efterfølgende omtale af de pågældende domme, men behovet for domskommentarer må formodes at være mindsket i takt med, at der ved udformningen af domsgrundelserne er lagt større vægt på formidling.

Ved dommen eller kendelsen fastslår Højesteret, hvad der er gældende ret.¹⁵ Højesterets afgørelse er ikke et indlæg i en videnskabelig debat, men vil omvendt ofte blive gjort til genstand for kommentarer i den juridiske litteratur. Højesteret indsamler ikke systematisk oplysninger om de reaktioner eller kommentarer, som rettens afgørelser måtte afstedkomme, men den enkelte dommer vil ofte gøre sig bekendt med den behandling, som afgørelser inden for dommerens særlige interessefelt får i litteraturen.

Højesteret er ikke bundet af sine tidligere truffne afgørelser.¹⁶ Der er imidlertid en almindelig erkendelse af, at man skal kunne indrette sig på Højesterets domme, og i praksis lægges der derfor stor vægt på, at den

14. Domstolens retsskabelse er behandlet af Bernhard Gomard i *Højesteret 1661-1986*, Særudgave af Ugeskrift for Retsvæsen (Torben Jensen, W.E. von Eyben og Mogens Koktvedgaard, red.), 1986, s. 45 ff.
15. Jeg er opmærksom på, at teksten er udtryk for en forenkling af tingene, og at indholdet af begrebet »gældende ret« har været og fortsat er under diskussion, se f.eks. Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, *Retskilder & retsteorier*, 4. udg., 2014, og W.E. von Eyben, *Juridisk Grundbog*, 5. udg., 1991, Bind 1, Retskilderne, s. 22 ff.
16. Dette står over for stare decisis- eller adherence to precedent-doktrinen, der kendes fra Anglo-saksisk ret, og som bl.a. er omtalt hos Benjamin N. Cardozo, *The nature of the judicial process* (New Haven and London, 1949), s. 142 ff.

linje, der tegnes af tidligere afsagte højesteretsdomme, generelt respekteres i senere sager med sammenligneligt faktum og retsgrundlag.

5. Afslutning

Jeg har ovenfor beskæftiget mig med forskelle og ligheder ved arbejdet som professor på universitetet og i Højesteret.

Både på Københavns Universitet og i Højesteret har jeg været begyndt med gode kolleger og et godt og frugtbart arbejdsmiljø.

Noget af det, der giver mig størst fornøjelse ved arbejdet i Højesteret, er arbejdsformen. Man arbejder som nævnt tidligere i et kollegium, og ved afgørelsen af sagerne er de dommere, der deltager i sagen, alle velforberedte og engagerede. Diskussionerne er ofte intense og aldrig kedelige. Arbejdet er fagligt spændende og varieret og giver den enkelte indsigt i skiftende retsområder, men også i personskæbner og mange forskellige sider af samfundslivet. Alt dette tilsat en uhøjtidelig og ofte humoristisk omgangsform.

Da jeg tiltrådte som højesteretsdommer, lykønskede en tidligere dommer i Højesteret mig med jobbet og tilføjede, at han i alle de år, han havde været dommer i retten, hver morgen var mødt glad på arbejde, og at han håbede, at jeg ville få det på samme måde.

Jeg har det helt på samme måde.