
JAN DARPÖ

**Artskydd och ersättning i skogsbruket.
Rättsläget efter Tjäderspelet i Malsättra och
några olösta frågor**

JT nr 1 2023–24



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Artskydd och ersättning i skogsbruket

Rättsläget efter *Tjäderspelet i Malsättra*
och några olösta frågor

JAN DARPÖ*

Under senare år har det kommit ett antal avgöranden från Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) och Högsta domstolen (HD) som gällt ersättning till markägare och andra p.g.a. miljöskydds- eller naturvårdskrav enligt miljöbalken (1998:808, MB). Den viktiga frågan om artskydd och ersättningsrätt har emellertid länge väntat på svar, vilket nu har åtgärdats. Bakgrunden är att MÖD i slutet av 2022 avgjorde tre sådana mål; Hargs Bruk (eller Tjäderspelet i Malsättra). Bredhälla och Hampedal. Saken gällde ersättning för avverkningsförbud som grundades på artskyddsförordningen. Då avgörandena aktualiserade flera principiellt viktiga frågor överklagades de av staten genom Kammarkollegiet. I början av april meddelade HD dom i Tjäderspelet i Malsättra, samtidigt som prövningstillstånd vägrades i de två andra målen. Sammantaget ger dessa tre avgöranden efterfrågade besked i flera frågor av stor betydelse för artskyddet i de areella näringarna, samtidigt som andra lämnades obesvarade.

Artikeln innehåller en beskrivning av målen och en diskussion om ersättningsreglerna vid artskydd i skogsbruket. Först kommer dock en redogörelse för reglerna om artskydd, skogsbruk och ersättning. Därefter följer en beskrivning av de tre ersättningsmålen och HD:s avgörande om Tjäderspelet i Malsättra. Slutligen dras några slutsatser, varefter ett par kvarstående och kontroversiella frågor diskuteras. Författaren kritiserar HD för otydlighet när det gäller de EU-rättsliga aspekterna och argumenterar för att domstolen borde ha begärt förhandsavgörande av EU-domstolen i frågan om de svenska ersättningsreglerna kan utgöra förbjudet statsstöd enligt artiklarna 107–109 FEUF.

* Professor emeritus i miljö rätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

1. Inledning

1.1 Presentation av artikeln

Ersättningsreglerna i 31 kap. miljöbalken (1998:808, MB) går tillbaka till den s.k. ”berörd del”-reformen i slutet av 1980-talet och den förstärkning av egenomsskyddet som skedde genom ändringar i grundlagen 1994.¹ Under åren därefter har förståelsen av reglerna utvecklats i flera avseenden genom rättspraxis. En av de principiellt viktiga frågor som emellertid kvarstått har gällt hur man ska se på det EU-rättsligt grundade artskyddet i de areella näringarna – ingår artskyddet i den allmänna hänsyn som ska visas utan rätt till ersättning, eller gäller de vanliga reglerna under 31 kap. MB när markanvändningen försvåras? Nu har även denna fråga behandlats i en dom i Högsta domstolen (HD) om Hargs Bruk, populärt kallad *Tjäderspelet i Malsättra*. Avgörandet kommer att få stor betydelse för artskyddet, inte bara i de areella näringarna utan även rent allmänt.

I artikeln redogör jag inledningsvis för de ersättningsregler som gäller i skogsbruket. Därefter följer en beskrivning av de tre mål som var överklagade till HD. Slutligen diskuterar jag några principiella frågor som aktualiseras genom domarna. Först gäller det domstolarnas fokus på ”omständigheter som ligger utanför den enskildes kontroll”. Sedan beskriver jag hur de svenska ersättningsreglerna och den rättspraxis som utvecklats har blivit inte bara mycket generös mot markägarna, men också möjliga för den rationella skogsbrukaren att disponera relativt fritt över. Den tredje frågan är om de svenska ersättningsreglerna kan utgöra olagligt statsstöd enligt EU-rätten, en fråga som HD svarade nej på. Slutligen drar jag några slutsatser och skissar kort på den fortsättning som kan följa på HD:s avgörande.

1.2 Artskydd, skogsbruk och ersättning

Reglerna om artskydd finns i artskyddsförordningen (2007:845, AF). Här finns dels nationella fridlysningsregler, dels Sveriges genomförande av EU:s s.k. naturvårdsdirektiv.² I 4 och 4 a §§ finns de principiella förbuden mot att döda, fånga eller störa vilda fåglar och andra arter. Det går att få dispens från förbuden, men förutsättningarna är stränga (14 §). Artskyddet har i rättspraxis betraktats som en del av de allmänna hänsynsreglerna under 2 kap. MB.³ I skogsbruket är det Skogsstyrelsen som har tillsynsansvaret för artskyddet (2 kap. 10 § miljö-

¹ Se Bostadsutskottets betänkande BoU 1986/87:1 och prop. 1985/86:1 Ny plan- och bygglag (även prop. 1984/85:207), resp. SOU 1993:40, prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.

² Fågeldirektivet (2009/147) resp. art- och habitatdirektivet (92/43).

³ MÖD 2013:13.

tillsynsförordningen, 2011:13).⁴ Vanligen sker tillsynen genom att ett ärende initieras genom en avverkningsanmälan enligt 14 § skogsvårdslagen (1979:429, SVL). Då en sådan anmälan också betraktas som en anmälan om samråd enligt 12:6 MB (6 § samrådsförordningen, 1998:904), utlöses en skyldighet för tillsynsmyndigheten att ta ställning till om åtgärden kan medföra skada på skyddade arter.⁵ Skogsstyrelsens ställningstagande i samrådsärendet, oavsett om det sker genom ett beslut eller passivitet (ett s.k. 0-beslut), är överklagbart till mark- och miljödomstolen. Den här överklagandemöjligheten – som är tillskapad av MÖD för att genomföra artikel 9.3 i Århuskonventionen och EU:s rättsskyddsprincip – har utnyttjats av miljöorganisationerna i artskyddsärenden, vilket har medfört att vi idag har en ganska rik rättspraxis på området.

Den grundläggande regeln om egendomsskydd och ersättning finns numera i 2:15 regeringsformen (1974:152, RF). I första stycket anges att ingripanden i egendomsrätten får ske endast om det kan motiveras av angelägna allmänna intressen. Av andra stycket framgår att ersättning för expropriation eller rådgihetsinskränkningar ska utgå när den *pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras*.⁶ Tredje stycket tillkom 2011 och anger att om en inskränkning i markanvändningen sker av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl gäller vad som följer av lag om rätt till ersättning.

I MB återkommer formeln om avsevärt försvårande i ersättningsregeln i 31:4. Här finns en katalog med åtgärder som utlöser ersättningsrätt, t.ex. beslut om bildande av naturreservat eller biotopskyddsområde och beslut efter samråd enligt 12:6 MB. Vägrad dispens från artskyddet finns emellertid inte angivet i katalogen. Reglerna i 31 kap. MB hänvisar till expropriationslagen (1972:719, ExpropL), vilket innebär att ersättningen ska beräknas till 125 % av det minskade marknadsvärdet på fastigheten (4:1 ExpropL). Det finns även en likalydande ersättningsregel i 19 § SVL för nekat tillstånd till avverkning i fjällnära skog med hänvisning till 31 kap. MB och därmed till ExpropL. Under senare år har det kommit flera viktiga avgöranden från HD om ersättning för ingripanden av miljöskäl, av vilka bör nämnas NJA 2014 s. 332 *Gränsälvsfiskarna* och NJA 2015 s. 323 *Bunkeflo strandängar*. Även MÖD har bidragit till denna rättspraxis.⁷ I mål om ersättning nämns ofta den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen, varvid hänvisningar brukar göras till RÅ 1996 ref. 56 *Skogsplanering*

⁴ Se även MÖD 2018:18 *Lavskrikan*.

⁵ MÖD 2020:45.

⁶ Denna skrivning tillkom alltså genom ”berörd del”-reformen 1987. Formeln tillämpades emellertid redan i skogsbruket genom den uppgörelse som gjordes mellan Skogsstyrelsen och branschen i den s.k. SKONA-gruppen. Uppgörelsen var en reaktion på HD:s avgörande i NJA 1981 s. 352 I (*Turtola*) och II (*Klocka*), som relaterade skadan till hela fastigheten. För historieskrivningen, se Darpö, J., *Betalt för att visa hänsyn? Om naturvårdslagens ersättningsregler*, Sveriges lantbruksuniversitet/Institutionen för skogsekonomi. Arbetsrapport 156, 1992.

⁷ Se t.ex. MÖD 2018-10-09; M 9276-17 *Potatisodlingen i Eskilstuna* och MÖD 2020:8 *Avverkning i fjällnära skog*.

på åkermark, NJA 2018 s. 753 *Parkfastigheten* och NJA 2020 s. 1129 *Båthuset i Stuverum*.

I skogsbruket får ”berörd del”-formeln betydelse i två situationer. Dels som en ”toleransröskel” i och med att krav på naturvårdshänsyn enligt 30 § SVL i ett enskilt fall inte får gå utöver denna gräns. Skogsstyrelsen anger regelmässigt absoluta belopp i kronor vid tillämpningen av denna regel.⁸ I rättspraxis fungerar toleransröskeln också som en gräns för hur stor hänsyn som markägaren måste ta till nationellt skyddade arter, exempelvis skogsorkidén knärot och svampar.⁹ Någon sådan gräns kan givetvis inte tillämpas när det gäller det EU-rättsliga artskyddet av fåglar och vissa listade arter, exempelvis fladdermöss.¹⁰

2. Tre MÖD-avgöranden om ersättning för artskydd i skogsbruket

2.1 Knäroten i *Bredhälla*

Det första målet gäller en avverkning och markberedning av ett 2,8 hektar stort område på en fastighet i Uppvidinge (*Bredhälla*). I området finns den sällsynta orkidén knärot som är nationellt fridlyst enligt 8 § AF. Efter fältbesök och samråd med länsstyrelsen förbjöd Skogsstyrelsen avverkning inom en del av avverkningstrakten med stöd av 12:6 MB.¹¹ I beslutet fanns en upplysning om att dispens enligt 14 § AF för avverkningen kunde sökas hos länsstyrelsen. Enligt myndigheten beräknades värdet av hela avverkningen till 380 000 kr och förbudsområdet till 250 000 kr. Markägarna varken överklagade förbudet eller sökte dispens för avverkningen. I stället stämde man staten för att få ut ersättning enligt 31 kap. MB. Skadan beräknades av markägaren till 539 000 i enlighet med 4:1 ExpropL, dvs. med 125 % av marknadsvärdet av den uteblivna avverkningen. Staten genom Kammarkollegiet menade däremot att artskyddet framgår direkt av lag och är en del av de allmänna hänsynsreglerna enligt bal-

⁸ Myndighetens praxis är att toleransröskeln går vid 10 % för de första 250 000 kr av avverkningsvärdet, därefter 5 % för intervallet 250 000 kr–2 Mkr och sedan 2 % för värdet därutöver. Om alltså avverkningsvärdet är 150 000 kr ligger röskeln för vad markägaren får tåla vid 15 000 kr, men om avverkningsvärdet är det tiodubbla (1,5 Mkr), ligger röskeln på 87 500 kr (25 000 kr + 62 500 kr), se även SOU 2020:73, s. 194 ff. På så vis får den lilla markägaren betala mer för naturvårdshänsynen i jämförelse med det stora skogsbolaget, något som diskuteras i Magnus Nilssons rapport *Skydda lagom – en ESA-rapport om miljömålet Levande skogar*, Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi, Rapport 2018:4; <https://eso.expertgrupp.se/rapporter/skydda-lagom>.

⁹ MÖD 2017:7 *Bombmurklan*.

¹⁰ MÖD 2018-12-20; M 10104-17 *Tjädern i Bollebygd*.

¹¹ SKS 2018-09-20; A 21464-2018.

ken, varför en markanvändning som bryter mot dessa regler inte kan betraktas som lagenlig. Dessutom menade Kammarkollegiet att förhållandena på platsen kan ändras så att avverkningsförbudet inte längre behövs, vilket borde inverka på värderingen av skadan.

Mark- och miljödomstolen i Växjö gick på karendens linje.¹² Domstolen menade att grundlagsbestämmelsen i 2:15 RF och ersättningsreglerna i 31 kap. MB bygger på att tillämpningen gentemot markägarna ska vara generös, varför otydligheter i regleringen inte ska drabba dem. Det kan därför inte krävas att markägaren överklagar beslutet eller söker dispens för att ha rätt till ersättning. Det finns heller inte något skäl att ta hänsyn till att förbudet kan vara temporärt. Då domstolen slutligen ansåg att det saknades anledning att frångå den beräkning av skadan som gjorts av markägarna utdömdes en ersättning om 545 000 kr för skadan som uppstått genom förbudet.

MÖD gjorde emellertid en annan bedömning och ogillade käromålet.¹³ Man delade i och för sig underrättens bedömning att det inte kunde krävas att markägarna hade överklagat Skogsstyrelsens beslut. När det däremot gällde invändningen om att dispens måste sökas pekade domstolen på att förbuden i 8 § AF gäller direkt och förutsätter inte något myndighetsbeslut. Dispens kan bara meddelas av länsstyrelsen, men kan också beslutas av mark- och miljödomstolen i samband med ett överklagande av ett sådant beslut. Följaktligen är ett 12:6-beslut inte ett slutgiltigt ställningstagande till förbudet enligt 8 § AF. MÖD ansåg därmed att möjligheten till dispens måste prövas innan frågan om ersättning kan avgöras.

2.2 Tjäderspelet i Malsättra och Hampedal

De två andra målen utgick från liknande scenarier, varför de kan behandlas samtidigt. Liksom i Bredhälla-fallet började de som avverkningsanmälningar enligt 14 § SVL. Då avverkningsområdena berörde tjäderspelplatser inledde Skogsstyrelsen samråd under 12:6 MB.

Det första målet – *Tjäderspelet i Malsättra* – gällde en avverkning vid Hargs Bruk i Östhammar. Bruket är en större markägare och den fastighet som det aktuella området ingår i är på drygt 20 000 hektar. Här förbjöd Skogsstyrelsen avverkningen i hela det anmälda området på 17,4 hektar, då det var den enda kvarvarande större tjäderspelplatsen med stor betydelse för artens lokala bevarandetillstånd. I 12:6-beslutet upplystes att det funnits gott om tjäder i området så sent som 2009, men p.g.a. omfattande avverkningar av markägaren hade

¹² MMD/Växjö 2020-06-24; M 6160-18.

¹³ MÖD 2021-12-22; M 7824-20.

beståndet gått starkt tillbaka.¹⁴ Skogsstyrelsen beräknade värdet av avverkningen till 1,5 Mkr. Bruket överklagade till Mark- och miljödomstolen i Växjö som emellertid fastställde beslutet.¹⁵ Man väckte därefter talan mot staten om ersättning på drygt 3,5 Mkr för den skada som förbudet orsakat. Mark- och miljödomstolen i Nacka godtog talan och dömde ut ersättning med 3,392 Mkr.¹⁶ Domstolen menade att förståelsen av begreppet ”pågående markanvändning” i rättspraxis har getts en generös tillämpning och inkluderade rationaliseringar i verksamheten.¹⁷ Slutavverkningar ska därför betraktas som pågående markanvändning i skogsbruket, även om det gällde en tjäderspelplats. Vidare hänvisade man till att MÖD betonat att även om artskyddet är en del av den allmänna hänsynen under MB ska det alltid göras en proportionalitetsbedömning.¹⁸ Mark- och miljödomstolen menade att på så vis sätts en gräns för hur långtgående inskränkningar som får göras i markanvändningen.¹⁹

Det andra målet gällde också en tjäderspelplats, denna gång i *Hampedal* i Bollebygdskommun. Här hade markägaren avverkningsanmält två områden om tillsammans 16,1 hektar, varefter Skogsstyrelsen lyfte ärendet till samråd under 12:6 MB. Efter diskussioner med markägaren meddelade myndigheten ett antal försiktighetsmått för avverkningen.²⁰ Man menade att dessa var behövliga då avverkningstrakten ligger i anslutning till en stor tjäderspelplats. Avsikten var enligt Skogsstyrelsen att se till att omgivningen förblev ”tjädervänlig”, dvs. att högst 25 % av den skog som omgav tjäderspelplatsen skulle utgöras av hyggen eller ungskog. Beslutet enligt 12:6 MB överklagades, men fastställdes slutligt av MÖD.²¹ Markägaren väckte talan och yrkade 1,396 Mkr i ersättning. I en mellandom avslogs talan emellertid av Mark- och miljödomstolen i Vänersborg.²² Domstolen menade att en avverkning kan vara otillåten enligt 2 kap. MB även om den inte förbjuds genom ett myndighetsbeslut. På så vis kan Skogsstyrelsens beslut ses som en precisering av vad som ändå gäller. Man pekade på att området är och sedan lång tid har varit en tjäderspelplats, vilket omfattats av förbudet i 4 § AF. När fastigheten förvärvades 2014 var markägaren medveten om dessa förhållanden. Försiktighetsmåttarna var därför enligt domstolen inte någon egentlig inskränkning i markanvändningen, utan bara preciseringar av vad som gällde för att det straffrättsligt sanktionerade förbudet enligt 29:2b MB inte skulle slå till.

¹⁴ Se Skogsstyrelsens beslut enligt 12:6 (SKS 2017-10-03; A 18237-2015), vilket är bilagt Mark- och miljödomstolen i Nackas dom 2018-01-04 i mål nr M 4634-17.

¹⁵ SKS 2017-10-03; A 18237-2015 resp. MMD/Nacka 2018-01-04; M 4634-17.

¹⁶ MMD/Nacka 2019-07-04; 5949-18.

¹⁷ Här hänvisade domstolen till NJA 2015 s. 323 *Bunkeflo strandängar*.

¹⁸ Jfr MÖD 2017:7 *Bombmurklan*.

¹⁹ Här hänvisade man till NJA 2013 s. 350 och MÖD 2018-10-09; M 9276-17 *Potatisodlingen i Eskilstuna*.

²⁰ SKS 2016-11-24; A 54989-2015 och A 1775-2016.

²¹ MÖD 2018-12-20; M 10104-17.

²² MMD/Vänersborg 2020-06-05; M 3433-19.

MÖD avgjorde dessa två mål samtidigt som det om *Bredhälla*.²³ Till skillnad från det målet behandlade MÖD här ersättningsfrågan i sak och domskälen är gemensamma. I båda fallen hade skogsbrukaren ansökt om dispens från artskyddet, men fått avslag. Kärnfrågan var den om ”lagenligheten”, dvs. om artskyddet ingår i den allmänna hänsyn som var och en måste ta utan rätt till ersättning. Först hänvisade MÖD till artikel 17 i EU:s rättighetsstadga om rätten till egendom. Sedan uttalade domstolen att reglerna i 2 kap. MB ska följas även utan ingripande av en myndighet, vilket bl.a. innebär att alla verksamhetsutövare ska ha den kunskap som krävs enligt balken. Artskyddsreglerna utgör vidare enbart en precisering av vad som krävs enligt dessa regler (MÖD 2013:13) och utgångspunkten är att dessa ska följas utan rätt till ersättning. Sedan övergick MÖD till att diskutera 2:15 RF och betydelsen av 2011 års tillägg av ett tredje stycke i bestämmelsen. Domstolen pekade på att även om det inte är så enkelt att göra en åtskillnad mellan naturvård och miljöskydd är utgångspunkten att artskydd inte ingår i den senare kategorin. Distinktionen uttrycken emellan är emellertid inte omedelbart avgörande för frågan om lagenlighet.²⁴ Sedan riktade MÖD in sig på vad som bör gälla när en från början laglig verksamhet blir olaglig genom senare tillkommen reglering. Här hänvisade man till 2011 års förarbeten som uttalar att inte heller ingripanden av miljöskyddsskäl bör vara ersättningsfria om de beror på omständigheter utanför den enskildas kontroll och drabbar särskilt hårt, en inställning som bekräftats i rättspraxis.²⁵ Detta synsätt bör enligt MÖD också gälla vid ingripanden av naturvårdsskäl enligt AF. Här pekade man på att en sådan slutsats har dragits av ett par utredningar under senare tid, bl.a. Artskyddsutredningen som menade att ersättningsrätt bör finnas vid beslut som liknade områdesskydd.²⁶ Av dessa skäl ansåg MÖD att rätt till ersättning kan föreligga även vid beslut enligt 12:6 MB som grundas på förbudet enligt AF. Förutsättningen för ersättning är dock att de omständigheter som beslutet grundas på ligger utom den enskildas kontroll och inskränkningen drabbar särskilt hårt. Sådana omständigheter kan exempelvis vara att det införs ett artskydd eller en art etablerar sig i ett område där det redan bedrivs skogsbruk, vilket får visas genom utredningen i det enskilda fallet. Upp till en viss nivå får emellertid markägaren tåla att visa hänsyn till arterna utan ersättning.

När det sedan gällde bedömningen i de enskilda fallen, konstaterade MÖD i målet om *Tjäderspelet i Malsättra* att förbudet omfattade hela det avverkningsanmälda området plus ett mindre område som inneslöts och därför inte var möjligt att bruka. Sedan uttalade domstolen att det visserligen inte är känt hur länge tjädrarna funnits på platsen, men antingen bedrevs skogsbruk där redan när artskyddet infördes eller har arten etablerat spelplatsen därefter utan markägarens

²³ MÖD 2021-12-22; M 7293-20 *Hampedal* resp. M 7888-19 *Tjädrarna i Malsättra*.

²⁴ Med hänvisning till SOU 2013:59 s. 66 ff. och SOU 2021:51 s. 743 ff.

²⁵ NJA 2014 s. 332 *Gränsälvsfiskarna*.

²⁶ SOU 2021:51 s. 735 f., 743 ff. och 1177 ff., se även SOU 2013:59 s. 66 ff.

medverkan. I båda situationerna berodde alltså konflikten mellan skogsbruket och artskyddet på omständigheter utanför markägarens kontroll och ostridigt medförde förbudet en skada för denne på flera miljoner. Den berörda delen ska inte heller relateras till hela fastigheten, utan enbart till det anmälda området som avgränsats på fackmannamässiga grunder. När det sedan gäller den tidsmässiga dimensionen av förbudet – här hade ju Kammarkollegiet argumenterat för att förbudet enbart gällde så länge som tjädrarna använder området som spelplats – menade MÖD att utgångspunkten måste vara de befintliga förhållandena och att det inte fanns skäl att tro att dessa skulle förändras inom överskådlig tid. Slutatsen blev att den pågående markanvändningen hade avsevärt försvårats inom berörd del av fastigheten och då det yrkade beloppet på 3,392 Mkr var vitsordat hade domstolen ingen anledning att närmare gå in på beloppets storlek. I målet om *Hampedal* menade MÖD att Mark- och miljödomstolen i Vänersborg inte hade träffat rätt i svaret på mellandomsfrågan då man ogillat talan enbart utifrån att det rörde sig om inskränkningar som följde av det lagreglerade artskyddet. Underrättens dom upphävdes därför och målet lämnades åter till Vänersborg för fortsatt handläggning.

3. Högsta domstolen om *Tjäderspelet i Malsättra*

3.1 Allmänt

Som redan nämnts överklagades samtliga tre av MÖD:s avgöranden, men enbart *Tjäderspelet i Malsättra* fick prövningstillstånd i HD. Domen kom i början av april.²⁷ Samtidigt som domen är vägledande bör det sägas redan från början att den är svårläst med många omtag, allmänna hänvisningar och delvis motsägelsefulla uttalanden. Det går inte att freda sig mot intrycket att HD haft bråttom i formuleringen av domskälen. Inte desto mindre är domen tydlig i vissa avseenden, medan det i andra kvarstår viktiga frågor. Jag ger nedan ett referat av det huvudsakliga innehållet, men den noggranna läsaren bör studera domen i sin helhet. Här finns mycket att fundera över.

3.2 Rättsliga utgångspunkter

Först resonerade HD om förhållandet mellan 12:6 och de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB. Med stöd av de senare kan en markägare åläggas betydande inskränkningar i sitt brukande så länge som kraven inte anses orimliga för den enskilda (2:3 jämförd med 2:7 MB). Den senare regeln är en påminnelse om den

²⁷ HD:s dom 2023-04-05; T 538-22.

allmänna proportionalitetsprincip som den kommit till uttryck genom rättsfallen RÅ 1996 ref. 56, NJA 2018 s. 753 och NJA 2020 s. 1129 (p. 8–11 i domen). För krav enligt 12:6 är utgångspunkten däremot en annan, nämligen att ersättning enligt 31:4 MB ska betalas om den pågående markanvändningen avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten. Förutsättningen för ersättning är att markanvändningen var tillåten vid den tidpunkt då myndigheten ställde sitt krav enligt 12:6. Det betyder att en markägare normalt inte kan få ersättning för att hen tvingas att följa de allmänna hänsynsreglerna. I enstaka situationer kan det emellertid vid en intresseavvägning uppkomma en ersättningsrätt enligt 31 kap. MB, i synnerhet om begränsningen beror på tillkommande omständigheter som markägaren inte kan lastas för eller kunnat förutse (p. 12–16).

Därefter konstaterade HD att det enligt AF är förbjudet att förstöra fåglars – bl.a. tjäderns – fortplantningsområden och viloplats. Regleringen utgör en precisering av de allmänna hänsynsreglerna (jfr MÖD 2013:13) och förbudet är straffsanktionerat i 29 kap. MB. Det går att söka dispens, men undantagsmöjligheterna är snävt formulerade och mindre förmånliga än de orimlighetsgrunder som anges i 2:7 MB (p. 17–18). Någon ersättningsrätt är inte kopplad till AF, varför utgångspunkten är att ett föreläggande om artskydd enligt 12:6 inte heller ger rätt till kompensation då kravet inte medför någon ytterligare begränsning i rätten att utnyttja marken. Det bör emellertid finnas en möjlighet till ersättning enligt allmänna principer med tillämpning av 31:4 MB (p. 19–20).

Sedan övergick HD till att diskutera förhållandet mellan 2:15 RF och MB, varvid man inledningsvis upprepade att det är en omdiskuterad fråga om artskydd faller inom kategorin ”naturvård” eller ”miljöskydd” (p. 21–24).²⁸ Enligt MB:s ersättningsregler faller inskränkningar i naturreservat under andra stycket, medan djurskyddshänsyn hamnar i tredje. Sedan uttalade HD med hänvisning till de principer som ligger bakom MB och de allmänna hänsynsreglerna att artskyddet hamnar utanför andra stycket (p. 27). Därefter tillade domstolen att det också kan finnas en rätt till ersättning enligt tredje stycket, varvid man pekade på rättsfallet NJA 2014 s. 332 *Gränsälvsfiskarnas förlust* (p. 28).²⁹ Utgångspunkten vid ingripanden av miljöskyddsskäl är visserligen att ersättning normalt inte ska utgå, men under speciella omständigheter kan det ändå ske efter en proportionalitetsbedömning. Kriterierna för ersättning är då inte bara att pågående markanvändning avsevärt försvåras, utan också att inskränkningen är särskilt betungande för den enskilda och att det inte är rimligt att hen ensam får bära dess konsekvenser. Det kan exempelvis vara fråga om mycket stora kostnader eller intäktsförluster för den som drabbas. Det faller sig enligt HD också natur-

²⁸ Här hänvisade domstolen till SOU 2013:59, s. 153 ff., och SOU 2021:51, s. 728.

²⁹ En redogörelse för målet och kritik av avgörandet finns i artikeln Darpö, J., Tradition och förnyelse på vattenrättens område. Om mötet mellan gamla tillståndsregimer och moderna miljökrav, *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* 2014:2, s. 101.

ligt att någon ersättning inte ska utgå mot lagstiftarens uttalade vilja (p. 29–31). Därefter uttalade domstolen sammanfattningsvis:

32. (...) Det nu sagda innebär att en markägare normalt inte har rätt till ersättning av staten för begränsningar i markanvändningen som följer direkt av artskyddsförordningen. En sådan rätt kan emellertid föreligga under speciella omständigheter, när det inte framstår som rimligt att markägaren ensam tvingas ta de ekonomiska konsekvenserna av en i och för sig motiverad begränsning i markanvändningen. Rätten till ersättning bör då regelmässigt förutsätta, utöver att begränsningen har varit mycket betungande för den enskilde, att han eller hon har begärt men nekats dispens enligt artskyddsförordningen. Eftersom denna ersättningsrätt inte följer direkt av 31 kap. 4 § miljöbalken bör ersättningen inte överstiga markägarens faktiska skada.

3.3 Bedömningen i fallet om tjädrarna vid Malsättra

Utgångspunkten var alltså att Hargs Bruk redan före 12:6-föreläggandet var förhindrat att avverka området och att Skogsstyrelsens föreläggande inte medförde någon ytterligare begränsning. Normalt ska följaktligen ersättning inte utgå. Det utesluter emellertid inte att man likväl kan vara berättigad till ersättning enligt 31:4 MB, nämligen om den bakomliggande begränsningen – dvs. avverkningsförbudet – är av ett slag att det ger rätt till ersättning (p. 35). Sedan fortsatte HD resonemanget om ersättning enligt allmänna principer och under speciella omständigheter. Domstolen konstaterade att den berörda delen – dvs. ”den skog som är aktuell i målet” – var lämplig för skogsbruk och mogen för kalavverkning, men att skyddet för tjädernas spelplats omöjliggjort detta. Därefter övergick man till den ovan nämnda rimlighetsbedömningen i det enskilda fallet. Å ena sidan måste en stor markägare ta större naturvårdshänsyn utan ersättning då hen vanligen har bättre förutsättningar att bära sådana inskränkningar. Å andra sidan måste hänsyn tas till att begränsningen helt beror på omständigheter som bruket inte kunde påverka eller förutse. Staten hade visserligen påstått att behovet att skydda tjäderspelplatsen hade uppkommit som en följd av bolagets sätt att bedriva skogsbruket, men det hade inte bevisats. Bolaget hade vidare sökt men inte fått dispens från artskyddet av länsstyrelsen. Till det kom att det var fråga om en betydande areal som skulle undantas från skogsbruk – 22 hektar – och att avverkningshindret medförde en i absoluta tal omfattande ekonomisk påverkan, närmare bestämt drygt 2,8 Mkr. Skadan var så betydande att det inte vore rimligt att bolaget ensamt skulle svara för den. Omständigheterna var därmed så speciella att staten skulle förpliktas utge ersättning. Då det yrkade beloppet var vitsordat ansåg HD slutligen att det saknades anledning att pröva ersättningens storlek, vilken därmed fastställdes till 3,392 Mkr.³⁰

³⁰ Av Kammarkollegiets avslutande komplettering 2022-10-27 (aktbilaga 13 i T 538/22) framgår visserligen att staten angav att ”[i]nget belopp kan vitsordas som skäligt i sig”. Mot detta invände Hargs Bruk att staten är bundet av det vitsordande som gjordes i MÖD (skrivelse 2022-12-02; aktbilaga 23 i T 538/22). Att HD i domen bara konstaterade att beloppet är vitsordat kan

3.4 Statsstöd

I HD begärde staten genom Kammarkollegiet att förhandsavgörande skulle inhämtas från EU-domstolen i frågan om de svenska ersättningsreglerna kan utgöra olagligt statsstöd enligt artikel 107 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Som stöd hänvisade staten dels till att frågan ställts men lämnats obesvarad av två utredningar,³¹ dels till rättsfallet C-238/20 *Sātiņi-S SIA* (2022) som gällde en lettisk reglering av stöd av mindre betydelse för verksamheter i skyddade områden.

HD avhandlade frågan om statsstöd i slutet av domen (p. 43–49). Man konstaterade att det enligt artikel 107 FEUF är oförenligt med den inre marknaden för en medlemsstat att ge ekonomiskt stöd om det hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion och att det påverkar handeln inom Unionen. Enligt EU-domstolens (EUD) rättspraxis måste därvid fyra villkor vara uppfyllda: att det är en statlig åtgärd, att det kan påverka handeln, att det ger mottagaren en selektiv fördel och att det hotar att snedvrیدا konkurrensen. Sedan hänvisade HD till ett tillkännagivande av EU-kommissionen där det skrivs att avgörande för om en statlig åtgärd ska omfattas av förbudet är att den förbättrar mottagarens konkurrensposition jämfört med om hen blivit utan.³² Därefter uttalade HD:

47. En ersättning av det särskilda slag som är aktuell i målet är avsedd att kompensera mottagaren när en viss statlig reglering får oförutsebara och särskilt betungande följder av ett slag som inte drabbar alla markägare på samma sätt. Den gör det möjligt för företaget att vidmakthålla samma konkurrensposition som det skulle ha haft om dessa effekter inte hade inträtt. En sådan ersättning medför däremot inte att företagets konkurrensposition blir starkare än vad den hade varit utan den begränsning som regleringen har inneburit. Villkoret rörande konkurrensnedvrیدning i artikel 107 är därmed inte uppfyllt.

Mot den bakgrunden ansåg HD att artikel 107 FEUF inte är tillämplig på ersättningsreglerna i MB och att det därmed saknades anledning att pröva de övriga kriterierna för olaga statsstöd. Med denna motivering avslogs statens begäran om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

bero på – om jag förstått turerna rätt – antingen att staten frånfallit vad som påstås i aktbilaga 13, eller att HD accepterat invändningen från svaranden.

³¹ SOU 2013:59 avsnitt 4.2.7 och SOU 2020:73 s. 622 ff.

³² Punkterna 187 och 189 i Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01).

4. Kommentarer till avgörandena

4.1 Frågor som fått svar

De tre avgörandena i *Tjäderspelet i Malsättra, Bredhälla och Hampedal* gör rättsläget tydligt i några viktiga avseenden. I andra är det mera oklart och här behövs ytterligare rättspraxis eller ingripanden från lagstiftaren. Därutöver kvarstår frågan om det svenska ersättningssystemet är förenligt med EU:s förbud mot statsstöd. HD ansåg att svaret var så uppenbart att någon begäran om förhandsavgörande inte var nödvändig. Den utgångspunkten menar jag är kontroversiell, vilket diskuteras sist i artikeln.

I *Tjäderspelet i Malsättra* uttalade HD till att börja med att artskyddet utgör en del av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB. Sådana hänsyn ger därmed i normala fall inte rätt till ersättning. Det är också klart att artskyddet inte täcks av regeln om ersättning för rådgighetsinskränkningar i 2:15 andra stycket RF. Då det saknas lagreglering om ersättning vid nekad artskyddsdispens kan sådan kompensation heller inte tillerkännas med direkt tillämpning av 2:15 tredje stycket RF. Sedan sade HD emellertid – med hänvisning till tidigare rättspraxis³³ – att *under särskilda omständigheter kan ersättning utgå enligt allmänna principer*. Sådana omständigheter kan vara att kravet på artskydd beror på *tillkommande omständigheter som markägaren inte kan lastas för eller kunnat förutse*. Det bör också vara fråga om en situation då pågående markanvändning inte bara avsevärt försvaras inom berörd del, utan också att *inskränkningen är så betungande att det inte är rimligt att den enskilda ensam får bära dess konsekvenser*. Så kan vara fallet när det blir fråga om mycket stora kostnader eller intäktsförluster.

Det är vidare klart att en förutsättning för ersättning i dessa situationer är att markägaren nekats dispens från förbudet enligt AF. Det framgår till att börja med uttryckligen av domen i *Tjäderspelet i Malsättra* (p. 32 och 40). Indirekt görs det också klart genom domstolens uttalanden om att föreläggandet enligt 12:6 MB inte medförde någon ytterligare begränsning i den pågående markanvändningen utan bara bekräftade ett avverkningshinder som rådde enligt 4 § AF (p. 14, 34–35). Ett visst stöd för den här slutsatsen kan också hämtas från det faktum att överklagandet av MÖD:s avgörande om *Bredhälla* inte fick prövningstillstånd av HD.

4.2 Tillkommande omständigheter som markägaren inte kunnat påverka eller förutse

En inledande förutsättning för ersättning enligt allmänna principer är alltså att inskränkningarna i den pågående markanvändningen beror på *tillkommande*

³³ Se *Gränsälvsfiskarnas förlust* p. 19 och 20.

omständigheter som markägaren inte kunnat påverka eller förutse. Domstolen förtydligade inte vad det här betyder, men i bedömningen av situationen i *Tjäderspelet i Malsättra* anslöt man nära – men inte helt – till MÖD:s uttalanden i samma mål om *omständigheter som ligger utanför den enskildas kontroll*. Resonemanget går tillbaka till förarbetena till 2011 års tillägg i 2:15 RF och HD:s avgörande i *Gränsälvsfiskarna*, där domstolen ansåg att det var av avgörande betydelse att regleringen låg utom de enskildas kontroll då kärandena vid förvärvet av sina fastigheter inte kunde förutse att det skulle införas begränsningar av laxfisket.³⁴ Som illustreras i de mål som diskuteras här, är synsättet svårare att applicera på artskyddet i skogen. Även om moderniseringen av näringen orsakar utarmningen av arter i stort, ligger omständigheterna i det enskilda fallet oftast mer eller mindre utom den enskildas kontroll. MÖD nämnde som exempel att artskyddet införs i ett område där det redan bedrivs skogsbruk eller att en skyddsvärd art etablerat sig därefter, vilket påverkar pågående markanvändning.³⁵ Det är nog svårt att tänka sig en situation där dessa förhållanden *inte* ligger utom den enskildas kontroll, eller åtminstone för myndigheten att visa att så var fallet. HD resonerade längs samma linjer när man pekade på att området i Malsättra var moget för slutavverkning och att den ”berörda delen” är den skog som har anmälts för avverkning. Sedan tillade domstolen att den rimlighetsbedömning som ska ligga till grund för ersättning enligt allmänna principer ska bortse från tyngden i det allmänintresse som ligger bakom begränsningen. Istället ska bedömningen utgå från den enskildas möjligheter att påverka eller förutse begränsningen, vilket domstolen ansåg hade saknats i det här fallet. Det framgick visserligen av Skogsstyrelsens 12:6-beslut att tjäderleken vid Malsättra var en av de sista i trakten, vilket länsstyrelsen menade berodde på de omfattande avverkningar som Hargs Bruk genomfört sedan ett tiotal år tillbaka. Den uppgiften kunde emellertid HD inte beakta, då det saknades ”konkret stöd i den bevisning som lagts fram i målet”.

Frågan om vad den enskilda brukaren kunnat påverka eller förutse aktualiserades också i målet om *Hampedal*, där MÖD uttalade att Mark- och miljödomstolen i Vänersborg inte hade träffat rätt i svaret på mellandomsfrågan. Den domstolen ansåg att staten inte var ersättningskyldig med hänvisning till att fastigheten vid kärandens förvärv 2014 redan omfattades av artskyddet och att hen då kände till – eller borde ha undersökt – förekomsten av tjäderspelet. En bärande del av underrättens argumentation anslöt alltså till resonemanget om ”utom den enskildas kontroll”. Trots det underkändes domen av MÖD som återförvisade målet till underrätten för fortsatt behandling, vilket godtogs av HD. Det blir nu Mark- och miljödomstolen i Vänersborg som alltså återigen får bedöma vad som utgör omständigheter som markägaren inte kunnat lastas för eller förutse. Möjligen har man fått lite stöd av HD:s uttalanden om vem som

³⁴ NJA 2014 s. 332 *Gränsälvsfiskarna* p. 23.

³⁵ MÖD 2021-12-22; M 7888-19, s. 8.

ska bevisa vad. Vi kan därför förvänta oss att staten för processen med sikte på den frågan i fortsättningen av *Hampedal*.

Oavsett utgången av det målet menar jag att det här resonemanget fungerar illa när det gäller restriktioner i pågående markanvändning. Mark brukas och det uppstår fortlöpande behov av att reglera frågor av allmänt intresse. Idag finns det väl inte någon som inte känner till behovet av skydd av arter i skogsbruket. Att bestämma när ersättningsrätt uppstår i det sammanhanget har inte så mycket att göra med den enskildas kunskap eftersom det rör sig om de allmänna villkoren för att bedriva näring. Andra faktorer framstår som betydligt mer relevanta, t.ex. tyngden och behovet av artskydd i förhållande till verksamhetsutövarnas intresse av förutseende, rättvisa och lika villkor för alla samt att skydda de enskilda från att drabbas alltför hårt ekonomiskt. Om man ser till den internationella rättspraxisen när det gäller rådighetsinskränkningar så finns det visst ett utrymme för att beakta tidsaspekten och den enskildas kunskap, men inte på det här viset. Där är det mera fråga om den enskildas berättigade förväntningar, vilket ibland motiverar att hen måste få tid på sig för att anpassa sig till restriktionerna. Rättsfallet *Fredin mot Sverige* i Europadomstolen är illustrerande i det avseendet, då markägarna där hade fått tid på sig att avsluta grustakten i Kaggamra. Europadomstolen konstaterade att återkallandet av tillståndet inte var oförutsebart eftersom möjligheten hade introducerats för mer än ett decennium sedan och myndigheterna hade varit noga med att inte lämna några garantier för fortsatt drift.³⁶ Även EU-domstolen har i olika sammanhang poängterat att marknaden måste få tid på sig att anpassa sig till nya rättslägen.³⁷ Krav på att de enskilda ska ha tid på sig för att anpassa sig och näringen till nya krav är emellertid något helt annat än vad de visste vid förvärvet av verksamheten eller att restriktionerna beror på omständigheter utom deras kontroll. Det får nog sägas vara en väldigt speciell och svensk version av det europarättsliga egendoms-skyddet.

³⁶ *Fredin v. Sweden* i Europadomstolen (ECHR 1991-02-18; Case No 12033/86).

³⁷ En redogörelse för äldre rättspraxis från EUD finns i Darpö, J., Miljövärdskraven i tiden, Förvaltningsrättslig tidskrift 2001 s. 3, tillgänglig på www.jandarpö.se. Det kan också nämnas att samtidigt som det redan nämnda avgörandet i C-238/20 *Sātiņi-S SIA* (2022) meddelade EU-domstolen dom i C-234/20 som gällde samma företag. Avgörandet har inte omedelbar betydelse för de frågor som diskuteras i denna artikel, fränsett en av slutsatserna som markägarens kunskaper om kommande restriktioner. Domstolen uttalar att statligt stöd enligt EU-förordningen 1305/2013 om stöd för landsbygdsutveckling – jämfört med artikel 17 i EU-stadgan om rätten till egendom – inte ska beviljas för begränsningar i den ekonomiska verksamheten när ägaren vid tidpunkten för förvärvet av fastigheten kände till dessa förhållanden.

4.3 Så betungande att markägaren rimligen inte ska stå ensam med konsekvenserna

I *Tjäderspelet i Malsättra* betonade HD vid upprepade tillfällen att en ytterligare förutsättning för ersättning enligt allmänna principer är att ”*det inte framstår som rimligt att bolaget ensamt tvingas stå de ekonomiska konsekvenserna av avverkningshindret*” (p. 29, 30, 32, 38 och 41). Uttalandet är inte tydligt då det aldrig var fråga om någon fördelning av ansvaret i målen, men vi får nog förstå det som en påminnelse om att det finns en ersättningsrätt under speciella omständigheter *enligt allmänna principer*. Möjligen kan det också ses som en påminnelse om att det finns en toleranströskel inbyggd i ersättningsreglerna, men det är i så fall inte en tanke som följs upp i domskälen. När det sedan gäller bedömningen i fallet pekar HD på att ett större företag måste tåla större kostnader eller intäktsförluster än ett mindre för att efterleva artskyddskraven. Dock omfattade avverkningsstoppet i Malsättra en större areal och medförde en förlust på drygt 2,8 Mkr, vilket inte ansågs rimligt att bolaget skulle svara för (p. 41). Tidigare i domen uttalade man att ersättningen i dessa situationer enbart bör täcka markägarens den faktiska skadan för markägaren, dvs. 100 % av fastighetens marknadsvärdesminskning (p. 32). Att domstolen ändå dömde ut 125 %, dvs. nära 3,4 Mkr, sades bero på att beloppet var vitsordat.³⁸ Innan jag går vidare i den diskussionen och HD:s syn på frågan om statsstöd, kan en påminnelse vara på plats om de grundläggande dragen i ersättningsrätten enligt 31 kap. MB som de har utvecklats i den praktiska tillämpningen.

4.4 Miljöbalkens ersättningsregler i praktisk tillämpning

Med den utformning som ersättningssystemet fått i domstolspraxis har det blivit mycket generöst mot skogsbrukarna vid inskränkningar i markanvändningen av naturvårdsskäl. Sammantaget medför reglerna att när markägaren förbjuds att utföra vissa åtgärder av hänsyn till skyddade arter ska ersättning betalas med 125 % av ett uppskattat marknadsvärde av det område som är avgränsat för slutavverkning. Det spelar ingen roll om förbudet är temporärt och området alltså kan avverkas om förhållandena ändras. Att ersättningen blir generös är ett resultat av flera faktorer som samverkar. Till att börja med givetvis genom den 25 %-iga uppräknings av det beräknade marknadsvärdet av den uteblivna

³⁸ Beloppet går tillbaka till Mark- och miljödomstolen i Nackas dom, vilken fastställdes av MÖD. Av domen framgår: ”Bolaget har till stöd för yrkad intrångsersättning åberopat förhör med samt sakkunnigutlåtande upprättat av J har utifrån den s.k. ortsprismetoden beräknat fastighetens värde före Skogsstyrelsens beslut till 2 829 000 kr, och kvarstående värde (ägarerätt och jakträtt) efter beslutet till 115 000 kr. Marknadsvärdesminskningen uppgår därmed enligt J till 2 714 000 kr och bedömd intrångsersättning, efter uppräkning med 25 procent, till 3 392 000 kr.”

avverkningen som följer direkt av lagen (31:2 MB med hänvisning till 4:1 2 st. expropriationslagen (1972:719)). Sedan bör man vara medveten om att skogsvärdering på intet sätt är en exakt vetenskap. Som framgår av de tre målen som kommenteras här skiljer sig de olika parternas värderingar kraftigt eller t.o.m. mycket kraftigt åt. I exempelvis *Bredhälla* uppskattade Skogsstyrelsen intrånget till 250 000 kr, medan kändens värderingsman låg närmare 200 000 kr över (431 000 kr). I *Tjäderspelet i Malsättra* angav myndigheten i sitt beslut 1,5 Mkr, medan kändens baserade sitt yrkande på 2,1 Mkr.³⁹ Som redan nämnts blev den slutliga ersättningen med uppräknings bestämd till 546 000 kr av Mark- och miljödomstolen i Växjö resp. 2,6 Mkr av Mark- och miljödomstolen i Nacka.⁴⁰ Förutom att värderingarna skiljer kraftigt, har MÖD bestämt att någon hänsyn inte ska tas till avyttringsmöjligheterna. Så ska t.o.m. virke från nyckelbiotoper – vilket enligt uppgift från Skogsstyren är svårt eller omöjligt att sälja på en öppen marknad⁴¹ – tilläggas fullt marknadsvärde.⁴² Till detta kommer att markägaren som huvudregel har betalt för samtliga sina rättegångskostnader i första instans och att dessa summor kan bli avsevärda.⁴³ I de två målen ovan där kändens hade framgång i underrätten uppgick kostnaderna på den sidan till 85 500 kr resp. 280 000 kr.

En motvikt till det här generösa systemet sägs ibland vara att ersättningsrätt enbart uppstår om den pågående markanvändningen *avsevärt försvåras* inom *berörd del* av fastigheten. Dessa kriterier har betydelse när den skogliga myndigheten ställer de blygsamma kraven på naturvårdshänsyn enligt 30 § skogsvårdslagen (1979:429, SVL). När det emellertid gäller förbud mot slutavverkning i ett visst område eller mera omfattande hänsyn till arter aktualiseras toleranströskeln inte alls, vilket också visas i fallen ovan. För den ekonomiskt inriktade skogsägaren bjuder systemet på så vis in till att planera skogsbruket så att det skyddsvärda området blir en separat behandlingsenhet och alltså kan

³⁹ Här är matematiken mera komplicerad. Dels begärde Hargs Bruk också ersättning med 202 000 kr för sitt arbete med att överklaga Skogsstyrelsens beslut enligt 12:6 MB, vilket givetvis ogillades. Dels utgick Skogsstyrelsens värdering från enbart de 17,4 hektar som förbudet omfattade, medan bolaget med framgång hävdade att även de 5 hektar som stängdes inne skulle ingå. Men om man utgår från att områdena var värda lika mycket bör den jämförbara summan bli 2,1 Mkr ($3,392 \text{ Mkr} / 1,25 = 2,7 \text{ Mkr} \times 0,777 (17,4 / 22,4)$).

⁴⁰ $3,392 \text{ Mkr} \times 0,777$, se fotnoten ovan.

⁴¹ Uppgiften lämnades under de intervjuer som utförde 2020 inom ramen för forskningsprogrammet PROSPEC. Jag har senare förstått att det finns sågverk som köper in virke från nyckelbiotoper, men att det skapar oro i systemet då viktiga avnämare som IKEA kräver att virke och sågspån som köps in garanteras vara fritt från sådant. Mot denna bakgrund tror jag att vi kan utgå från att det faktiskt finns en viss marknad för nyckelbiotopsvirke, men att det betingar ett lägre pris än certifierad råvara.

⁴² MÖD 2020:8.

⁴³ Det finns en möjlighet för domstolen att ålägga kändens ansvar för rättegångskostnader enligt 18:3 rättegångsbalken (1942:740), men den har aldrig utnyttjats i mål om ersättning enligt 31 kap. MB (se bl.a. MÖD 2003:75 för en liknande bestämmelse om fördelningen av rättegångskostnader i 1984 års vattenlag [1983:291]).

anses vara avgränsad på *fackmannamässiga grunder*. Den avgränsningen som markägaren gör av sin fastighet godtas regelmässigt och jag har inte sett något exempel på att domstolarna underkänner att den läggs till grund för vad som anses vara *berörd del*.⁴⁴ Från skogsägarens synpunkt är ett sådant tillvägagångssätt enbart sund ekonomisk politik, vilket knappast är något att uppröras över. Det gör emellertid systemet beroende av markägarens dispositioner, vilket är märkligt i ett ersättningsrättsligt sammanhang. När det slutligen gäller själva toleranströskeln – *avsevärt* försvåras – framgick tidigare av 31:6 MB att den skulle avräknas från den ersättning som betalades för inskränkningar i markanvändningen. Genom en lagändring 2009 upphävdes bestämmelsen, varför full ersättning betalas när man väl kommit över tröskeln.⁴⁵ Även det förhållandet inbjuder naturligt nog till att avverkningarna på en fastighet utformas för att maximera ersättningsnivån.

Sammantaget gör det här att vårt ersättningssystem premierar att skogsbrukarna planerar sina avverkningar för att uppnå högsta möjliga ersättning, vilket kan vara motsatsen till att anpassa verksamheten så att mesta möjliga naturvårdsnytta och artskydd kan uppnås. Visserligen finns krav på skogsbruksplaner i certifieringssystemen, men vi kan utgå från att de hamnar i skymundan i ett system som så tydligt premierar snuttifiering för att uppnå maximal ekonomi.⁴⁶ Det här kan illustreras med vad som hände efter att Mark- och miljööverdomstolen hade avgjort målen om ersättning för nekad avverkning av fjällnära skog (MÖD 2020:8). Antalet tillståndsansökningar av avverkning av naturvärda områden – inbegripet nyckelbiotoper – gick snabbt upp i rekordnivåer och nya medel fick äskas av regeringen.⁴⁷ Som ersättningsreglerna är utformade är det också svårt för myndigheten att neka ersättning eller ens ifrågasätta den värdering som görs av markägaren då hen alltid har betalt för sina rättegångskostnader i första instans. Det innebär att dessa kostnader åtminstone vid en tvist som gäller ett mindre område kan uppgå till ett belopp som ligger i paritet med skillnaden i värderingarna. På så vis hamnar myndigheten i underläge redan från början, vilket knappast heller främjar naturvården i skogen. Det är nu inte sagt att det här är enbart negativt för naturvården i skogen – förmånliga ersättningsregler kan t.ex. motverka smygavverkningar av naturvärda områden – men diskussionen bör utgå från dessa förhållanden.

⁴⁴ Vilket kan illustreras med det gamla rättsfallet RÅ 1993 not. 714 *Bastmora*. Det gällde visserligen den tidens motsvarighet till 12:6 MB (20 § naturvårdslagen (1964:822)) som enbart kunde användas för förelägganden under ersättningsströskeln, men frågan om hur den ”berörda delen” ska avgränsas är densamma.

⁴⁵ SOU 2008:99, prop. 2008/09: 214 Hållbart skydd av naturmiljön, SFS 2009:1322.

⁴⁶ Här kan nämnas att EUD uttalat att skogsbruksplaner och god skogsbrukspraxis inte kan ersätta ett regelverk som klart och tydligt anger förutsättningarna för det EU-rättsliga artskyddet och dess undantag, se C-432/21 *Kommissionen mot Polen* (2023).

⁴⁷ <https://via.tt.se/pressmeddelande/300-miljoner-kronor-i-ersattning-2021-efter-nekade-avverkningar-i-fjallnara-skog?publisherId=415163&releaseId=3315251>.

5. Ersättningsrätten och det EU-rättsliga förbudet mot statsstöd

5.1 Inledning

Till att börja med bör sägas att de EU-rättsliga frågorna lyser med sin frånvaro i samtliga de avgöranden som diskuteras här. Det gäller även de två målen om skydd av tjädern, vilket är en art som skyddas genom fågeldirektivet (2009/147). Det enda undantaget är en allmän hänvisning i början av MÖD:s gemensamma domskäl i *Hampedal* och *Tjäderspelet i Malsättra* till egendomsskyddet i artikel 17 i EU:s rättighetsstadga. Bestämmelsen har följande lydelse (min kursiv):

1. Var och en har rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid. *Nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen.*

Det är vanligt att domstolar gör den här typen av hänvisningar till det internationella skyddet av egendomsrätten, antingen i rättighetsstadgan eller i den innehållsmässigt likalydande artikel 1 i första tilläggsprotokollet till EKMR. Hänvisningarna kan dock ske utifrån helt olika utgångspunkter. I de här målen – liksom i stort sett samtliga som hänvisas till i texten ovan och nedan – är det ju inte fråga om att beröva någon egendom i den mening som avses i konventionsskyddet, utan om inskränkningar i markanvändningen. I artikel 17 i rättighetsstadgan är det alltså den tredje meningen som aktualiseras, där det sägs att nyttjande av egendom kan regleras om det är nödvändigt för allmänna intressen. Här görs ingen åtskillnad mellan miljöskydd och naturvård, vilket också är tydligt när man studerar rättspraxis från Europadomstolen. I stället slås man av att den domstolen tillåter partsländerna långt gångna inskränkningar i markanvändningen som kan motiveras av olika miljöintressen, vilka regelmässigt anses väga tungt.⁴⁸ Det här är något som också EU-domstolen gjort klart i ett uttalande som visar på avvägningen mellan egendomsrätten och allmänna intressen:⁴⁹

Äganderätten ska emellertid inte betraktas som en absolut rättighet, utan måste bedömas utifrån sin funktion i samhället. Följaktligen kan begränsningar införas i utövandet av äganderätten, förutsatt att begränsningarna verkligen svarar mot mål av allmänintresse och inte innebär ett, i förhållande till det eftersträfvade målet, orimligt och icke godtagbart ingrepp som påverkar kärnan i denna rättighet [...].

⁴⁸ Se avsnitt 3 i Darpö J., Can nature get it right? A study on the Rights of Nature in the European context. European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs at the request of the JURI Committee, Brussels 2021-03-01; https://www.europarl.europa.eu/thinktank/sv/document.html?reference=IPOL_STU%282021%29689328.

⁴⁹ C-416/10 *Krizan* (2013) p. 114, se även C-238/20 *Sātiņi-S SIA* (2022) p. 32.

Mot den bakgrunden kan frågan om lagenligheten – dvs. artskyddet som en del i de allmänna hänsynsreglerna – inte besvaras genom hänvisningar till allmänna skrivningar om egendomsskydd. I stället måste bedömas under vilka förhållanden och i vilken utsträckning markägare får respektera artskyddet i sin markanvändning som en del av kommersiella villkoren för näringen. Det är dock intressant att notera att MÖD använder sig av art 17 i EU-stadgan för att motivera 125 % ersättning, medan EUD har använt sig av den bestämmelsen för visa att ersättning som är väsentligt lägre än full kompensation kan accepteras.⁵⁰

5.2 Allmänt om förbudet mot statsstöd enligt artiklarna 107–109 FEUF

EU:s regler om statsstöd framgår som redan nämnts i artiklarna 107–109 FEUF. Utgångspunkten för reglerna är ett principiellt förbud mot statsstöd med möjligheter till undantag för att rätta till marknadsmisslyckanden eller stimulera till åtgärder för att uppnå Unionens övergripande mål. I korta drag innehåller reglerna följande. Av artikel 107.1 framgår att ett nationellt stöd är oförenligt med den inre marknaden om det sker med offentliga medel och hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna enbart vissa företag eller viss produktion (selektiv fördel). Att stödet påverkar handeln mellan medlemsstaterna likställs ofta med påverkan på konkurrensen mellan företag. Det finns dock undantag mot förbudet mot statsstöd, dels absoluta sådana som anges i artikel 107.2, dels genom allmänna skrivningar i artikel 107.3 som fylls ut genom förordningar som antas av kommissionen eller EU-parlamentet och rådet. EU-kommissionen ansvarar för uppföljningen av statsstödsreglerna, bl.a. genom att granska alla nationella stödprogram efter anmälan från medlemsstaterna (artikel 108). Om kommissionen anser att stödåtgärden strider emot statsstödsreglerna ska den efter kommunikationer med den berörda medlemsstaten hänskjuta frågan till EUD. Under förfarandet i kommissionen är det förbjudet att genomföra åtgärden. Detta s.k. genomförandeförbud har direkt effekt, vilket innebär att de som påverkas negativt av statsstödet kan vända sig till nationell domstol för att genomdriva det.⁵¹ Många av kommissionens beslut om statsstöd är tillgängliga genom EUR-Lex.

Då bestämmelserna tillhör de centrala för den gemensamma marknaden har de genom åren genererat ett betydande antal avgöranden av EUD. Rättspraxisen handlar dock främst om näringsbidrag, investeringsstöd, upphandlings- eller skatterättsliga frågor och liknande. Avgöranden från det miljörettsliga området lyser med enstaka undantag med sin frånvaro. Vidare finns en mängd EU-förord-

⁵⁰ C-234/20 *Sātiņi-S* (2022).

⁵¹ de Sadeleer, N., State Aids and Environmental Protection: Time for Promoting the Polluter–Pays Principle, *Nordic Environmental Law Journal* 2012, s. 29 med hänvisning till C-174/02 *Streekgeweest* (2005) para 21, även samma författare: *EU environmental law and the internal market*, Oxford University Press 2014, s. 466.

ningar, riktlinjer och vägledningar kring dessa regler. Även dessa träffar oftast helt andra situationer är de som aktualiseras i de svenska ersättningsmålen. Viss ledning kan emellertid hämtas från allmänna resonemang och uttalanden. De regelverk som har lyfts fram i den svenska debatten om skogsbruk och statsstöd är främst den *Allmänna gruppundantagsförordningen (EU 651/2014, GBER)* och ett antal förordningar om s.k. *de minimis*-stöd, bl.a. den allmängiltiga *EU-förordningen 1407/2013*. Den gäller för alla samhällssektorer med undantag för fiske och vattenbruk samt primärproduktion av jordbruksprodukter. Undantag från anmälningsplikten görs enligt dessa regler för ”stöd av mindre betydelse”, vilket omfattar bidrag till en och samma mottagare på högst €200 000 under tre år.⁵² Vissa krav på transparens och formalia måste också uppfyllas för att en medlemsstat ska kunna betala sådant mindre stöd. *EU-förordningen 2015/1589 om kommissionens granskning av nationella stödprogram enligt artikel 108 FEUF* reglerar förfarandet när ett stöd har anmälts till kommissionen av en medlemsstat eller någon klagande. Det finns också ett antal förordningar som tydliggör vad som anses vara förenligt med artiklarna 107–109 FEUF inom jord- och skogsbruk, främst *EU 702/2014 om stöd till skogsbruket inom ramen för lantbruksprogrammet* och *EU 2022/2472 om vissa kategorier av stöd inom jordbruks- och skogsbrukssektorn och i landsbygdsområden*.⁵³ Här ges gruppundantag från anmälningsplikten för stöd till små och medelstora skogsbruksföretag inom ramen för landsbygdsprogrammet, återbeskogning, trädjordbruk och för åtgärder mot skogsskador, bl.a. inom Natura 2000-områden. Till detta kommer kommissionens vägledningar och riktlinjer, bl.a. *Tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01)* och *Riktlinjer för statligt stöd till klimat, miljöskydd och energi (2022/C 200/01)*. Av dessa framgår att stöd kan invändningsfritt ges för att stimulera till tidig anpassning till unionsnormerna eller till sådana åtgärder som syftar till högre miljöskydd och liknande bidrag till mål av gemenskapsintresse. Slutligen finns kommissionens *Riktlinjer för statligt stöd inom jord- och skogsbrukssektorn och i landsbygdsområden (2022/C 485/1)* för landsbygdsutvecklingsinsatser. Här öppnas möjligheter till statsbidrag och andra lättnader för bl.a. klimatvänlig markanvändning, investeringar i skogsområdesförbättringar, skogliga ekosystemtjänster samt miljö- och klimatvänligt skogsbruk.

⁵² Hanna Wallin (se fotnot 61) hänvisar till C-172/03 *Heiser* (2005) p. 34 och drar slutsatsen att för att en stödordning ska vara tillåten får den inte möjliggöra att ersättningen i det enskilda fallet överskrider beloppet (s. 53).

⁵³ Den senare är en anpassning av *EU-förordningen 2014/702* som tillkom efter regelverket om stöd inom ramen för en medlemsstats strategiska plan inom den gemensamma jordbrukspolitiken (*EU-förordningen 2021/2115*).

5.3 Skrivet om statsstöd och ersättningsrätt

De frågor om statsstöd som diskuteras i den här artikeln har behandlats i fyra statliga utredningar, antingen rent allmänt eller i förhållande till ersättningsreglerna i 31 kap. MB. I *Statsstödsutredningen* betänkande *SOU 2011:69* nämns miljöbalken i samband med den kommunala självkostnadsprincipen och avfallshandling.⁵⁴ *Utredningen om ersättning vid rådhetsinskränkningar* påpekar i *SOU 2013:59* att det inte är uteslutet att påslaget på 25 % kan utgöra en otillåten fördel enligt EU-reglerna samt att det inte är tillåtet att lämna ersättning för att kompensera för tvingande EU-rätt. Mot den bakgrunden ansåg utredningen att en ersättningsrätt kopplad till åtgärder för att t.ex. möta krav på miljö kvalitetsnormer kan utgöra otillåtet statsstöd.⁵⁵

Skogsutredningens slutbetänkande (*SOU 2020:73*) innehåller ett avsnitt om ersättningsregeln i 19 § SVL för nekade avverkningstillstånd i fjällnära områden i jämförelse med EU:s statsstödsregler.⁵⁶ Först redogör utredningen för en PM från Skogsstyrelsen som överlämnades till Mark- och miljödomstolen i Umeå i de pågående målen om ersättning för nekade tillstånd till att avverka fjällnära skog.⁵⁷ Slutsatsen i PM:n är att ersättningsregeln i SVL grundar ett stödsystem inom en viss bransch och geografiskt område, varför det inte går att avfärda påståendet att det kan vara fråga om överkompensation till de företag som får ersättning. Vidare hotar stödet att påverka andra verksamheter som tillverkar eller säljer alternativ som konkurrerar med produkter tillverkade av skogsråvara. Det är därför troligt, menade Skogsstyrelsen, att kommissionen skulle anse att en överkompensation på 25 % utgör olaga statsstöd. För egen del konstaterar sedan Skogsutredningen att ersättning i dessa situationer inte omfattas av något av de undantag som ges under artiklarna 107–109 FEUF. Vidare utgör påslaget på 25 % troligen ett selektivt stöd som gynnar vissa företag då skogen är en råvarubas och förädlas på en internationell marknad.⁵⁸ Trots det drar utredningen slutsatsen att ersättningen för nekade avverkningstillstånd i den fjällnära skogen bör vara godtagbar eftersom de bara berör en viss region och att påslaget sällan överstiger 1 Mkr, vilket gör att konkurrensen mellan företag och handeln mellan medlemsstaterna knappast påverkas.

Slutligen innehåller också Artskyddsutredningen (*SOU 2021:51*) ett avsnitt om ersättning och EU:s statsstödsregler.⁵⁹ Utredningen pekar inledningsvis på

⁵⁴ SOU 2011:69 Olagligt statsstöd, s. 330.

⁵⁵ SOU 2013:59 Ersättning vid rådhetsinskränkningar, s. 71 ff.

⁵⁶ SOU 2020:73 Stärkt äganderätt, flexibla skyddsformer och naturvård i skogen, s. 899–905.

⁵⁷ Skogsstyrelsen PM 2018-04-24 Ersättning vid nekat avverkningstillstånd i fjällnära skog. Utredningen var utförd i samråd med dåvarande justitiekanslern Anna Skarhed. Det bör nämnas att 19 § SVL hänvisar till miljöbalkens ersättningsregler.

⁵⁸ Här (*SOU 2020:73* s. 904) hänvisar utredningen till kommissionens tillkännagivande 2016/C 216/01 och C-332/18 P (2019).

⁵⁹ SOU 2021:51 Skydd av arter – vårt gemensamma ansvar, s. 765–780.

att det ingår i normala kostnaderna för ett företag att följa de skyldigheter som följer av EU-rätten. Vidare är det effekten som är avgörande för bedömningen av om en stödåtgärd är tillåten, inte den uttalade avsikten eller bakomliggande orsaken. Man pekar emellertid också på att kommissionen varit tydlig med att om det är fråga om att ersätta skada eller ersättning för expropriation så handlar det inte om en fördel i den betydelse begreppet har i artikel 107 FEUF. I sin sammanfattande kommentar skriver utredningen att frågan om staten ska ersätta enskilda för rådighetsinskränkningar påverkas av EU-rätten, vilket kan innebära att lagstiftningen och dess tillämpning måste avvika från de nationellt rådande ersättningsprinciperna.

EU:s statsstödsregler har givetvis också genererat en uppsjö av utredningar, rapporter och artiklar. Problemet med att kunna använda sig av detta rika källmaterial är detsamma som nämnts ovan, nämligen att fokus ligger på helt andra frågor än dem som aktualiseras här. Detta gäller i stort sett samtliga rättsvetenskapliga artiklar som är skrivna på svenska i ämnet.⁶⁰ Det är vidare – såvitt jag känner till – också glest om relevant litteratur i den nordiska och den engelskspråkiga doktrinen inom miljörett. När det gäller svenska examensuppsatser har jag bara hittat två som rör ersättning och skogsbruk. Av dessa vill jag lyfta fram *Intrångsersättning till skogsbrukare – ett otillåtet statsstöd?* av Hanna Wallin som innehåller en föredömlig rättsutredning.⁶¹ Här finns förutom hänvisningar till de sedvanliga rättskällorna, också redogörelser för flera intressanta beslut av kommissionen i statsstödsfrågor (varav några inte är publicerade).

5.4 Begäran om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen

I HD begärde Kammarkollegiet som sagt att domstolen skulle inhämta förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF i frågan om det svenska ersättnings-systemet utgör otillåtet statsstöd enligt EU-rätten. Inledningsvis hänvisade man till följande uttalande av EUD i C-238/20 *Sātiņi-S SIA* (2022):⁶²

44. Kostnaderna för att iaktta lagstadgade skyldigheter som syftar till att skydda miljön, bland annat den vilda faunan, och för att täcka ansvaret för de skador som denna kan orsaka ett företag inom vattenbrukssektorn, såsom det företag som är aktuellt i det nationella målet, ingår nämligen bland de normala driftskostnaderna för ett sådant företag. Beviljandet av ersättning för skada som åsamkats företaget av skyddade djur utgör således en ekonomisk fördel som det berörda företaget i princip inte kan göra anspråk på under normala marknadsvillkor.

⁶⁰ Närmast kommer väl Indén T. & Lundberg S., Expropriationsersättning och EU:s statsstödsregler; ekonomiska begrepp i en juridisk kontext, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2011 s. 113–130.

⁶¹ Wallin H., *Intrångsersättning till skogsbrukare – ett otillåtet statsstöd?* *Juridicum*, Uppsala universitet, höstterminen 2018; uppsatsen finns i fulltext på; <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1286038/FULLTEXT01.pdf>.

⁶² Kammarkollegiets komplettering 2022-03-25; aktbilaga 9 i T 538/22.

Sedan argumenterade Kammarkollegiet för att frågan om statsstöd måste klargöras då staten annars kan komma i en situation då man blir tvungen att återkräva vad som är otillåtet utan att kunna beakta konsekvenserna för mottagaren. Myndigheten pekade också på att de svenska reglerna medför att ersättning utgår med 125 % av marknadsvärdet på det område som berörs, att markägaren kan anmäla enbart det skyddsvärda området i ett större fastighetsinnehav för att få ut full ersättning och att det inte görs något avdrag för de naturvårdshänsyn som annars måste visas utan kompensation.⁶³ Mot den bakgrunden ville Kammarkollegiet ha svar på om det kunde utgöra otillåtet statsstöd att:

- utge ersättning för artskydd,
- tillämpa ett påslag på 25 % på marknadsvärdet av den förlust som orsakades p.g.a. ett sådant skydd, och
- utge ersättning för det som ingår i ”toleransströskeln” för den naturvård som måste visas av markägaren.

Hargs Bruk å sin sida hävdade att hemställan var för sent framförd, att det inte var fråga om statsstöd, och att det saknades anledning att pröva frågan då staten hade vitsordat ersättningens storlek.⁶⁴

5.5 Skyldigheten att begära förhandsavgörande i dispositiva tvistemål

Hargs Bruks inställning var alltså att i privaträttsliga mål är domstolen bunden av parternas inställning, även om det är fråga om tillämpningen av EU-rätt. Om HD hade accepterat detta skulle frågan om statsstöd knappast kunna uppkomma i ersättningsmål som dessa, då staten inte kan förväntas ifrågasätta sina egna regler. Vad Hargs Bruk emellertid hade missat var ett helt färskt avgörande av HD i just den frågan i ett resningsärende om läkemedelspatent.⁶⁵

Bakgrunden i det målet var att AstraZeneca 2014 beviljades tilläggsskydd enligt EU:s s.k. tilläggsskyddsförordning (469/2009) för en aktiv substans som omfattades av ett grundpatent för läkemedel. Något senare samma år ansökte bolaget om ytterligare tilläggsskydd för en kombination där den aktiva substansen ingick med hänvisning till samma grundpatent. PRV avslag ansökan med hänvisning till AstraZeneca redan beviljats ett tilläggsskydd baserat på grundpatentet. Efter överklagande avslag såväl Patent- och marknadsdomstolen som Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) ansökan. Då PMÖD är slutinstans för mål som dessa, klagade AstraZeneca hos HD över domvilla med

⁶³ Kammarkollegiets hemställan 2023, aktbilaga 33 i mål nr T 538-22.

⁶⁴ Hargs Bruk svarsskrift 2023-01-27, aktbilaga 35 i mål nr T 538-22.

⁶⁵ NJA 2022 s. 1051 *AstraZenecas tilläggsskydd*.

hänvisning till att det utgjorde grovt rättegångsfel att PMÖD inte hade begärt förhandsavgörande hos EUD trots att en sådan skyldighet förelåg i målet.

I beslutet gjorde HD först några allmänna anmärkningar om skyldigheten under artikel 267 FEUF. Först pekade man på att de nationella slutinstanserna i princip är skyldiga att begära förhandsavgörande av EUD om tolkningen av EU-rättsliga frågor. Undantag kan emellertid göras om den uppkomna frågan saknar relevans i målet, om EUD redan har uttalat sig i samma eller snarlik fråga eller om tillämpningen av regeln är uppenbar. När den nationella domstolen ska bedöma om något av undantagen föreligger måste den beakta unionsrättens särdrag, de särskilda svårigheter som tolkningen av regeln medför samt risken för att kan uppstå skillnader i rättspraxis mellan medlemsstaterna. Sedan tillägger HD att det faktum att det finns en riklig rättspraxis från EUD på ett område kan tyda på svårigheter i förståelsen av reglerna och därmed tala för att det föreligger en skyldighet att fråga EUD om ett tolkningsbesked. När sedan HD tillämpade det här synsättet på den aktuella regeln i tilläggskyddsförordningen (469/2009) konstaterade man att det förelåg olika uppfattningar i frågan i nationella domstolar och att EUD:s uttalanden var väldigt in casu-betonade. Mot den bakgrunden menade HD att det krävs att det finns ett otvetydigt svar på den fråga som aktualiserats i målet, vilket inte varit fallet i PMÖD. Det var därför fel att inte begära förhandsavgörande.

Därefter gick HD in på förutsättningarna för den extraordinära prövningen enligt 59 kap. rättegångsbalken (1942:740) med avseende på avgöranden i tvistemål. Som övergripande förutsättning angavs att bedömningen av om ett grovt rättegångsfel har begåtts ska göras utifrån beskaffenheten av den bestämmelse som åsidosatts, varvid det kan presumeras att när det gäller en särskilt viktig förfaranderegulering inverkar det på utgången i målet. *Sedan konstaterade HD att skyldigheten att inhämta förhandsavgörande föreligger oavsett om parterna begärt detta.*⁶⁶ Artikel 267 FEUF syftar till att säkerställa att unionsrätten tillämpas korrekt och enhetligt i alla medlemsstater och att åsidosätta denna skyldighet kan utgöra ett fördragsbrott.⁶⁷ Det råder ingen tvekan om, menade HD, att artikel 267 FEUF är en för förfarandet normerade regel och när den tillämpas felaktigt utgör det ett rättegångsfel. Ett sådant fel ska dessutom betraktas som grovt när en slutinstans avgör ett mål i vilket den unionsrättsliga frågan är avgörande för utgången. I andra situationer kan underlåtenheten ses som mindre grovt beroende på olika faktorer som det skyddade intresset i målet, om avgörandet är

⁶⁶ Här kan det vara på plats att peka på EUD:s avgörande i C-561/19 (2021) där det i p. 53 klart framgår att skyldigheten att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF är oberoende av vad parterna anser i målet.

⁶⁷ Här hänvisade HD till C-416/17 *Kommissionen mot Frankrike* (2018) som gällde underlåtenhet av Conseil d'Etat att begära förhandsavgörande i ett skattemål. Det är även intressant att också Europadomstolen vill ha ett ord med i laget genom att slå fast att det utgör ett brott mot artikel 6 i EKMR när en nationell domstol inte begär förhandsavgörande utan att motivera varför, se nu senast *Georgiou v. Greece*, ECtHR 2023-03-14 (57378/18) och där angiven rättspraxis.

vägledande och hur stor betydelse den EU-rättsliga frågan har för utgången. I det här fallet ansåg HD att rättegångsfelet var grovt, varför beslutet undanröjdes och målet återförvisades till PMÖD för fortsatt handläggning.

5.6 HD:s svar på begäran

I *Tjäderspelet i Malsättra* avslög HD begäran om förhandsavgörande från EUD med hänvisning till att de svenska ersättningsreglerna enbart var avsedda för att kompensera markägarna för oförutsägbara och särskilt betungande följder av ett statligt ingrepp. Mot den bakgrunden menade domstolen att bestämmelsen om otillåtet statsstöd i artikel 107 inte aktualiseras. Domskälen (p. 43–49) är knapphändiga och såväl skrivningarna om snedvridning av konkurrensen som hänvisningen till kommissionens *Tillkännagivande 2016/C 262/01* är allmänt hållna. Det framstår som att HD svarat på enbart en av flera frågor som aktualiserades i målet. Kammarkollegiet ville ju få klarhet i tre avseenden kring förhållandet mellan de svenska ersättningsreglerna och artikel 107 FEUF: *dels om artskyddet i skogsbruket i sig ska kunna utlösa en rätt till kompensation, dels om ersättningen för det belopp som motsvaras av toleranströskeln för naturvård i skogen utgör otillåtet statsstöd, dels om detsamma kan sägas om påslaget på 25 %*. HD går inte in på någon av dessa frågor då man enbart skriver att ”[v]illkoret om konkurrenssnedvridning i artikel 107 är därmed inte uppfyllt” och drar slutsatsen att det ”står klart att artikel 107 (FEUF) inte är tillämplig”. Det är svårt att förstå detta på annat sätt än att domstolen menar att det fortfarande rör sig om enbart kompensation, trots att man dömer ut 125 % av det minskade marknadsvärdet av det område som inte fick avverkas. Intrycket förstärks av det faktum att domstolen givetvis inte var bunden av ett vitsordande från statens sida om ett otillåtet statsstöd. Det är också svårt att tänka sig att HD skulle döma ut ersättning i strid mot statsstödsreglerna bara för att det är vitsordat då det skulle utgöra ett tydligt brott mot EU-rätten.⁶⁸ Det vore inte heller lämpligt, då mottagaren av sådant stöd kan bli återbetalningsskyldig.

⁶⁸ C-119/05 *Luccini* (2007) där EUD uttalar att nationell domstol som ”skall tillämpa gemenskapsrättsbestämmelserna [...] är skyldig att säkerställa att dessa regler ges full verkan, genom att med stöd av sin egen behörighet, om det behövs, underlåta att tillämpa varje motstridande bestämmelse i nationell lagstiftning” (p. 61), se även Kommissionens tillkännagivande om nationella domstolars tillämpning av reglerna om statligt stöd 2021/C 305/01 p. 9. I svensk rätt regleras återbetalningsskyldigheten i lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler.

5.7 Kritik av HD:s bedömning av frågan om statsstöd

Vid en jämförelse av EUD:s praxis och övriga rättskällor kring tillämpningen av artikel 107 FEUF framstår HD:s avslag av Kammarkollegiets begäran om förhandsbesked som mycket tveksamt. Kritiken i det följande riktar emellertid in sig på de skäl som HD angav och jag går därför inte in på de övriga kriterierna för otillåtet statsstöd. Utgångspunkten för diskussionen är alltså HD:s ställningstagande att vårt ersättningsystem endast är kompensatoriskt och att villkoret om konkurrensnedvridning enligt artikel 107 FEUF därför inte är tillämpligt.

Till att börja med reagerar jag på skrivningen om att de svenska ersättningsreglerna ”är avsedda” att kompensera mottagaren för det statliga ingripandet. Uttalandet kontrasterar mot EUD:s rättspraxis där det genom åren blivit klargjort att avsikten bakom ett stöd saknar betydelse. Det är *effekten* eller *verkningarna* av åtgärden som ska bedömas.⁶⁹ Det här påpekas också av generaladvokaten i yttrandet i det lettiska målet C-238/20 *Sātiņi-S SIA* (2022), ett uttalande som EUD hänvisade till i domen i målet:

40. Av detta följer att en fördel föreligger oavsett den påstått ”kompensatoriska” karaktären hos en åtgärd som är avsedd att mildra en ekonomisk aktörs förluster till följd av tillämpningen av en skyldighet som härrör från en unionsbestämmelse eller att ersätta skador som orsakats av naturliga händelser enligt normala villkor för den ekonomiska verksamheten i fråga.

Nästa fråga är hur avverkningsförbudet kan klassificeras. Å ena sidan ligger det något i HD:s beskrivning av föreläggandet som en *de facto*-expropriation av det berörda området.⁷⁰ Å andra sidan gäller förbudet bara så länge som tjäderna nyttjar området som spelplats och är på så sätt villkorat. Formellt klassificeras avverkningsförbudet som en rådighetsinskränkning. Om man ser till EUD:s rättspraxis så görs en åtskillnad mellan expropriationsersättning och skadestånd i förhållande till statsstöd, men skillnaden är inte tydlig.⁷¹ I det lettiska målet som nämns ovan – och som både Kammarkollegiet och HD hänvisade till – framgår dock att EUD ansåg att kompensation för skador som orsakats av fåglar och andra skyddade djur i ett Natura 2000-område utgör ersättning för kostna-

⁶⁹ EU-kommissionens *Tillkännagivande 2016/C 262/01* p. 67 med hänvisning till EUD:s mål 173/73 *Italien mot kommissionen* (1974), se även SOU 2021:51 s. 770 med hänvisning till SOU 2011:69 s. 80.

⁷⁰ Se C-251/21 *SIA Piltenes meži* (2022) p. 92 in fine för ett liknande resonemang.

⁷¹ *Tillkännagivande 2016/C 262/01* p. 71. Det är heller inte är uteslutet att ersättning för expropriation kan betraktas som statsstöd beroende på omständigheterna, se Wallin s. 32 där hon pekar på T-62/08 *Thyssen-Krupp mot kommissionen* (2010), p. 59–62 och 139–140 och KOM beslut 1999-01-20 om markförvärv enligt den tyska lagen om regleringsåtgärder (1999/268/EG).

der som härrör ur lagstadgade skyldigheter som normalt ska bäras av företagen inom ramen för den ekonomiska verksamheten.⁷²

Mot den bakgrunden kan vi utgå från att EUD skulle anse att ersättning för visat artskydd kan utgöra otillåtet statsstöd under de förutsättningar som anges i artikel 107 FEUF. Den slutsatsen delade HD, men menade att villkoret om konkurrensnedvridning inte var uppfyllt. Motiveringen som ges är att ersättningen inte förbättrar företagets konkurrenssituation jämfört med hur den varit utan restriktionerna (avverkningsförbudet). Här förstår jag inte hur domstolen resonerar. Om nu EUD slagit fast att det ingår i de normala konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden att ta vissa hänsyn, varför skulle ersättning som betalas till enbart vissa producenter av en nytthet inte utgöra en selektiv fördel? En vindkraftsoperatör kan ju ifrågasätta varför hens verksamhet får stå den fulla kostnaden för att visa hänsyn till arter genom villkor i tillståndet, medan andra operatörer på energimarknaden får betalt för motsvarande krav i skogsbruket. Dessutom är det fråga om en fördel som enbart ges till de areella näringarna i Sverige. Dessa omständigheter får betydelse i diskussionen om artskydd som en del av de allmänna hänsynsreglerna och här framstår den EU-rättsliga inställningen som betydligt strängare än den svenska.

Oavsett var man landar i dessa bedömningar återstår frågan om 125 % som beräkningsgrund för ersättningen. Med tanke på att det är just den frågan som diskuterats i samtliga de utredningar som nämnts ovan framstår HD:s tystnad i domskälen som anmärkningsvärd. För att få ihop de extra 25 % ersättning med EU-rätten måste domstolen ha menat att de utgör kompensation för något annat, t.ex. affektionsvärdet av att inte fritt få bruka den egna skogen eller annan ideell skada. Andra argument som hörs i den svenska debatten går ut på att efter ett avverkningsstopp har skogsägaren mindre möjligheter att bjuda varor ut på marknaden, varför hens konkurrensposition snarast försämras. Det kan också vara så att alternativa avverkningsstrakter ligger längre bort och därför medför högre kostnader. Jag tror inte att EUD skulle imponeras av sådana resonemang. I en rad avgöranden har domstolen pekat på att oavsett i vilken form en ersättning utgår, får den inte överskrida företagets faktiska kostnader.⁷³ Det är också det genomgående temat i kommissionens förordningar och vägledningar som anger stödnivåer på 100 % eller lägre. Jag kan bara hitta ett exempel på en situation där kommissionen godtar att ett stöd går utöver täckning av de faktiska kostnaderna: I *Riktlinjer för statligt stöd inom jord- och skogsbrukssektorn och i landsbygdsområden (2022/C 485/1)* accepteras upp till 120 % av de stödberättigande kostnaderna för frivilliga åtaganden som går utöver obligatoriska lagkrav och

⁷² C-238/20 *Sātiņi-S SIA* p. 30–37, 50, även T 538/11 *Belgien mot kommissionen* (2015) p. 71 och *EU-kommissionen 2016/C 262/01* p. 69.

⁷³ *Tillkännagivande 2016/C 262/01* p. 70, C-280/00 *Altmark* (2003) p. 92, C-238/20 *Sātiņi-S SIA* (2022) p. 47, se de Sadeleer (2014) s. 463–464. I den frågan hänvisar Wallin till tre beslut av kommissionen; KOM 1999-01-20; 1999/268/EG (*Tyskland*), KOM 2015-01-19; C(2014) 823 final (*CSTP*) och KOM 2015-12-07; C(2015) 2112 (*Micula*).

som är gynnsamma för att uppnå vissa klimat- och miljörelaterade mål (avsnitt 2.3).⁷⁴ Stödet ska anmälas till kommissionen och måste vara tidsbegränsat till 5–7 år. Det är alltså fråga om ett stimulanstillägg för *åtgärder som går utöver* vad som krävs enligt EU-rätten. I sin utredning avvisar också Skogsstyrelsen idén om kompensation och menar att påslaget på 25 % har starka ideella inslag som motiverats av att lagstiftaren velat skapa större acceptans för expropriationsreglerna. Det går därför enligt myndigheten inte att karakterisera påslaget ”som en strikt ekonomiskt och framför allt inte ett marknadsmässigt värde”. Av detta drar Skogsstyrelsen slutsatsen att det kan snedvrída konkurrensen och att det därför bör utredas vidare om ersättning i dessa situationer utgör statsstöd. En sådan utredning bör klargöra om påslaget kan sorteras in under något av gruppundantaget, om det kan betraktas som stöd av mindre betydelse (*de minimis*) eller om det ska anmälas till kommissionen för bedömning.⁷⁵

Sammanfattningsvis vill jag påstå att vid en jämförelse med Skogsstyrelsens PM och den övriga utredningen på området framstår HD:s sju punkter med allmänna hänvisningar till det lettiska målet och kommissionens vägledning som knapphändig och tveksam. Kritiken förstärks också vid en jämförelse med domstolens agerande i AstraZeneca-målet där motiveringen var utförlig och bedömningen sträng, då det bedömdes utgöra ett grovt rätttegångsfel av PMÖD att inte begära förhandsavgörande av EUD. Det är vidare anmärkningsvärt att domstolen inte utvecklar hur den resonerat med tanke på att frågan om ersättning för naturvård i skogen är både mycket viktig och mycket kontroversiell. Även det faktum att Sverige framstår som relativt ensamt i sin generösa tillämpning av ersättningsregler för visat artskydd i de areella näringarna talar för att HD borde ha begärt förhandsavgörande av domstolen i Luxemburg.

6. Slutsatser

6.1 Innebär HD:s avgörande i *Tjäderspelet i Malsättra* något nytt?

Helt klart medför HD:s avgörande nya och viktiga klargöranden när det gäller artskyddet och ersättningsrätten enligt 2:15 RF och 31 kap. MB. Till att börja med bekräftar domstolen för första gången det synsätt som utvecklats av MÖD sedan tio år tillbaka, nämligen att artskyddet utgör en del av de allmänna hänsynsreglerna enligt 2 kap. MB. Det innebär att utgångspunkten är att sådan hänsyn ska visas utan att det uppstår någon rätt till ersättning. Dessutom tydliggör HD att en förutsättning för ersättning är att markägaren ansökt om och nekats dispens från artskyddsreglerna. Det ställningstagandet var inte förvånande då

⁷⁴ De särskilda målen anges i *EU-förordningen 2021/2115*.

⁷⁵ Skogsstyrelsen PM 2018-04-24 Ersättning vid nekat avverkningsstillstånd i fjällnära skog, s. 19.

det överensstämmer med vad som vanligen gäller vid inskränkningar i markanvändning, t.ex. när en myndighet inför ett krav på tillstånd enligt 7:24 MB för åtgärder i ett område där man planerar att bilda naturreservat (se 31:5 MB). I konsekvens med denna ordning ansåg såväl MÖD som HD att detsamma gäller vid förbud enligt 12:6, vilket innebär att artskyddsdispens enligt AF först måste sökas. Vidare tar HD ställning för att artskyddet inte sorterar under ersättningsregeln i 2:15 andra stycket. Att artskyddet inte heller hör hemma i tredje stycket framgår av att ersättningsrätten inte är lagreglerad. Ersättningen utgår istället enligt *allmänna principer* och HD uttalar att en förutsättning för detta är att det föreligger *speciella omständigheter*. Dessa kännetecknas av att det *inte framstår som rimligt att markägaren ensam ska drabbas* och att det ska vara fråga om *betydande kostnader eller intäktsförluster*. Uttalandet om allmänna principer görs på flera ställen med tillägget att det är fråga om ersättning *med tillämpning av 31:4 MB* (p. 14, 16, 20).

Hänvisningen kan tolkas som att ersättning endast kan utgå under de förutsättningar som anges i bestämmelsen – nämligen att det är fråga om inskränkningar i den pågående markanvändningen som avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten – *samt att det därtill är fråga om speciella omständigheter*. På så vis skulle ersättningsrätten i dessa situationer inte bli särskilt omfattande. Uttalandet om allmänna principer med hänvisning till 31:4 MB kan emellertid också tolkas som att det är fråga om en och samma rättsgrund för ersättning. Det intrycket förstärks av domstolens bedömning av avverkningsförbudet vid Malssätra. I den praktiska tillämpningen kokar nämligen förutsättningarna om vad som utgör ”speciella omständigheter” i stor utsträckning ned till den situation som normalt föreligger när det är fråga om avverkningsförbud och ersättning enligt 31:4 MB. Som nämnts ovan kan markägaren sällan belastas för eller förutse att det finns arter i de avverkningsmogna trakterna då det skogliga tillsynssystemet inte är utformat så att det ställer något krav på kunskap i det hänseendet.⁷⁶ Då den berörda delen dessutom regelmässigt anses vara det område

⁷⁶ Att det ofta brister i kunskap och inventering visades i den undersökning av fyra av Skogsstyrelsens distrikt som genomfördes inom forskningsprogrammet PROSPEC under tvåårsperioden 2018–2019. Här framkom att markägarnas kunskaper om skyddsvärda arter i de områden som anmälts till avverkning kunde variera högst betydligt, se avsnitt 5.2 i Konsulenten och knäroten (Förvaltningsrättslig tidskrift 1/2021, s. 101–137. Till bilden hör också att det inventeringsarbete som Skogsstyrelsen initierade i början av 1990-talet är avslutat och information om ”skogens pärlor” rensas ur myndighetens register. Skogsstyrelsen registrerar sedan december 2021 inte längre vare sig nyckelbiotoper eller objekt med naturvärden i skogen (Arbete med nyckelbiotoper – Skogsstyrelsen 2022-12-05; <https://www.skogsstyrelsen.se/miljo-och-klimat/biologisk-mangfald/nyckelbiotoper/arbete-med-nyckelbiotoper/>). Istället avregistreras dessa sedan något år tillbaka i stor omfattning efter begäran av markägare (Stora Enso har bett Skogsstyrelsen att dölja information om nyckelbiotoper – P4 Värmland | Sveriges Radio 2023-01-25). Någon systematisk inventering av naturvärden i skogen har heller inte skett sedan 2006, se Skogsutredningen SOU 2020:73 s. 669. Mot den här bakgrunden är det inte förvånande att mark- och miljödomstolarna i en lång rad avgöranden sedan 2020 har underkänt Skogsstyrel-

som anmälts till avverkning blir konsekvenserna lika ofta väldigt betungande eftersom skadan inte relateras till den ekonomiska verksamheten i sig. Med den här tolkningen skulle HD:s uttalanden om allmänna principer följaktligen kunna förstås som en tydlig utökning av ersättningsrätten vid naturvårdshänsyn i skogsbruket, nämligen att det EU-rättsliga artskyddet i normalfallet ger rätt till kompensation för markägaren i likhet med annat försvårande av markanvändningen. Ett sådant renodlat synsätt tror jag emellertid är svårt, för att inte säga omöjligt, att förena med naturvårdsdirektiven och statsstödsreglerna.

6.2 Får avgörandet en vidare betydelse även utanför de areella näringarna?

Såväl HD som MÖD diskuterar skillnaden mellan naturvård och miljöskydd i *Tjäderspelet i Malsättra*, vilket går tillbaka till de resonemang som fördes i *Gränsälvsfiskarna*.⁷⁷ I det målet var det fråga om fiske i Bottenviken av en art – Östersjöloxen – vars population länge varit nära kollaps. Trots det skriver domstolen att fiskeföreskrifterna syftar till att ”till bevara miljön, inte till att avvärja risker mot denna”. Den distinktionen har betydelse för skillnaden mellan 2:15 andra stycket (naturvård) resp. tredje stycket (miljöskydd). I praktiken är skillnaden inte så lätt att hantera, vilket MÖD skriver om i *Tjäderspelet i Malsättra*. Från Skogsstyrelsens sida hävdade man också länge att skogsbruk alls inte var miljöfarlig verksamhet. Förutom att påståendet framstår som säreget för var och en som sett ett kalhygge i naturen, var det fel från första början. Den definition som gavs i 1 § miljöskyddslagen (1969:387) täckte all slags markanvändning som kunde orsaka förorening eller störningar i omgivningen. Att skogsbruksåtgärder kan kvala in under den definitionen blev om inte förr klarlagt av Högsta förvaltningsdomstolen i det s.k. *Nora-målet* (RÅ 2003 ref. 63). Skillnaden mellan bevarande och riskavvärjning är heller inte särskilt relevant för bedömningen av vad som utgör ”miljöskyddsskäl”. EU-rättsligt görs vidare inte någon sådan skillnad. Vi får nog konstatera att distinktionen mellan miljöskydd och naturvård är traditionsbunden och helt beroende av värderingar i samhället, vilket gör den svår att tillämpa i förhållande till ersättningsrätten.

Hur det än är med den saken medför enligt min mening HD:s uttalande i *Tjäderspelet i Malsättra* om ”ersättning enligt allmänna principer” en öppning

sens beslut att inte ingripa mot avverkningar i områden där det finns skyddsvärda arter och naturmiljöer. Denna rättspraxis bygger emellertid helt på att olika miljöorganisationer överklagat myndighetens ställningstaganden och den har ännu inte föranlett några förstärkningar av det automatiserade granskningssystemet för avverkningsanmälningar.

⁷⁷ Se Bengtsson, B., Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, Svensk Juristtidning 2014 s. 431, även Darpö, J., Tradition och förnyelse på vattenrättens område. Om mötet mellan gamla tillståndsregimer och moderna miljökrav, Nordisk Miljörättslig Tidskrift 2014:2, s. 101 och 112 ff.

för en vidare tillämpning av ersättningsreglerna utanför de areella näringarna. Detta framgick redan av NJA 2014 s. 332 *Gränsälvsfiskarna* (se p. 20 i den domen), men görs nu tydligare genom att upprepas i den här domen (p. 30–32). Visserligen ansåg domstolen att den utlösande faktorn var att markägaren nekats dispens från artskyddet enligt AF och man gjorde en koppling till 31:4 MB, vilket innebär att måste vara fråga om ingripanden i pågående markanvändning för att utlösa ersättningsrätt. Då dessutom lagstiftarens inställning ska vägas in blir konsekvenserna möjligen inte så stora då man ju i förarbetena till senaste reformen av 2:15 RF betonade att avsikten inte var att åstadkomma någon tydlig utvidgning jämfört med tidigare. Å andra sidan uttrycker HD att det är fråga om en allmän princip som gäller oavsett om restriktionen motiveras av naturvård eller miljöskydd. Man är vidare noggrann med att poängtera att i dessa situationer ska tyngden av det allmänna intresset inte vägas in i proportionalitetsbedömningen, enbart konsekvenserna för den enskilda.⁷⁸ Det är heller inte svårt att tänka sig helt andra situationer då enskilda fastighetsägare drabbas av artskyddet, t.ex. vid nekad strandskyddsdispens.

Till det kommer ytterligare en aspekt av HD:s syn på saken. En tolkning av skrivningarna i *Tjäderspelet i Malsättra* är att ersättningsrätten är knuten till uttrycket ”pågående markanvändning”. Här bör man observera att det som vi i Sverige tar för självklart – nämligen att trakthyggesbruk oavsett områdets storlek, belägenhet, historia och värde alltid är pågående markanvändning – kan vara kontroversiellt i ett EU-rättsligt perspektiv. Vår tolkning av uttrycket har bl.a. resulterat i att kalavverkning aldrig kan bli föremål för ett krav på MKB.⁷⁹ Detta förhållande har väckt internationell förvåning och på senare tid har också åtminstone en av mark- och miljödomstolarna utgått från att det inte är självklart.⁸⁰ Den svenska tolkningen av MKB-direktivet kan komma att utmanas i en situation då t.ex. en tillståndspliktig verksamhet ifrågasätter varför hens verksamhet får stå den fulla kostnaden för att visa hänsyn till arter genom villkor i tillståndet, medan andra operatörer på energimarknaden får betalt (med 125 %) för motsvarande krav i skogsbruket. Om frågan skulle bli föremål för en begäran om förhandsavgörande av EUD är det inte självklart att den svenska hållningen skulle accepteras. Om den domstolen skulle anse att en kalavverkning är att ”ändra markanvändningen” och att det därmed krävs en bedömning av om det behövs en MKB i det enskilda fallet, kan det även få konsekvenser i vårt ersättningsystem.

⁷⁸ I *Tjäderspelet i Malsättra* var det fråga om 3,2 Mkr, vilket är ”småpotatis” i jämförelse med de 48 Mkr som dömdes ut i MÖD 2018-10-09; M 9276-17 *Potatisodlingen i Eskilstuna*, som gällde inskränkningar i ett vattenskyddsområde.

⁷⁹ Av bilaga II p. 1. d) i direktivet framgår att MKB-kravet enbart omfattar ”[n]yplantering av skog och avskogning i syfte att ändra markanvändningen” (motsvarande skrivning återfinns i den svenska MKB-förordningen (1998:905) bilaga 3 under rubriken Jordbruk, skogsbruk och vattenbruk).

⁸⁰ Se t.ex. Mark- och miljödomstolen i Östersund 2023-03-14; M 3829-22.

6.3 Fortsättningen ...

Som framgått ovan har vi i fridlysningspraxis under AF fått en uppdelning mellan de regler som gäller för nationellt skyddade arter (MÖD:s avgörande i *Bombmurklan*) och de som gäller för EU-rättsligt skyddade arter (*Tjädern i Bollebygd*). I den praktiska naturvården i skogen kan det här givetvis ställa till problem, då en avverkning kan påverka båda slagen lika (t.ex. knärot och fladderhöns). När det gäller statsstödsreglerna kan dock en sådan uppdelning inte upprätthållas, då båda situationerna träffas av förbudet enligt artikel 107 FEUF. Som framgått ovan menar jag också att HD:s uttalande i *Tjäderspelet i Malsättra* om de svenska reglerna om ersättning och artskydd är allmängiltigt, dvs. att det gäller oavsett vilka arter det rör sig om och även om skyddet av dessa ingår i hänsynsreglerna under 2 kap. MB. Indirekt kan det här medföra att *Bombmurklan* blir överspelad, då den domen utgick från att dispens måste meddelas då ersättningsrätt inte fanns. En annan konsekvens blir att lagstiftaren måste ingripa då det allmänna annars tvingas att betala ersättning för ett skydd som inte är formaliserat. Någon ledning för myndigheternas agerande kan heller inte sökas direkt i HD:s avgörande genom dess inneboende ottydligheter. Nackdelarna med det uppkomna rättsläget är uppenbara; förutom rättsosäkerheten för alla inblandade är nuvarande ordning för uppgörelser mellan myndigheterna och markägarna inte anpassade för löpande ersättningar av denna storleksordning.⁸¹ Till det kommer att artskyddsbesluten måste ges giltighet i tiden.

I denna situation skulle det kunna vara frestande för lagstiftaren att inkorporera nekad artskyddsdispens i katalogen under 31:4 MB, vilket alltså skulle medföra 125 % ersättning över hela fältet. En sådan lösning framstår emellertid som tveksam. Som nämnts ovan kan man visserligen å ena sidan argumentera för att de ”speciella omständigheterna” (markägarens förutseende, särskilt betungande och ersättning för faktiska kostnader) enbart gäller så länge som det är fråga om ersättning ”enligt allmänna principer”. Om man nu väljer att lagfästa ersättningsrätten för nekad artskyddsdispens i 31:4 MB skulle istället enbart de förutsättningar som anges i den paragrafen gälla, dvs. att pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten. Å andra sidan måste det ju ligga någonting i domstolens uttalande om att inskränkningar som grundas på de allmänna hänsynsreglerna normalt sett inte ger rätt till ersättning. Möjligen menade HD därför att de stränga och kompletterande förutsättningar för ersättningsrätt man formulerade för dessa situationer går utöver vad som anges i 31:4 MB. I så fall måste dessa kompletterande krav anges i 31 kap.

⁸¹ Enligt pressmeddelande 2023-04-06 från LRF är det fråga om ”flera 100 miljarder kronor kommande år”; Högsta domstolen ger skogsägare rätt till ersättning i artskyddsfrågan – Lantbrukarnas Riksförbund (lrf.se). Det bör nämnas att Naturvårdsverket och Skogsstyrelsen på uppdrag av regeringen arbetar med dessa frågor, bl.a. för att anpassa reglerna för biotopskydd och introduktionen av s.k. ”väntansavtal”; Markägare får ersättning i väntan på skydd av skog (naturvardsverket.se).

MB, varvid det bör klargöras hur de förhåller sig till övriga förutsättningar som anges i den paragrafen.

Därutöver återstår frågan om statsstöd. Jag har argumenterat ovan för att HD:s inställning till frågorna om de svenska ersättningsreglerna och bestämmelserna om otillåtet statsstöd utgår från en undermålig analys och är illa motiverad.⁸² Detta förstärker givetvis tveksamheten om domens värde som vägledning. Om lagstiftaren ändå väljer att föra in nekad artskyddsdispens i katalogen under 31:4 MB måste enligt min mening den nya stödordningen anmälas till EU-kommissionen. Möjligen går det att sortera in skogliga artskyddsbeslut som skyddade områden inom ramen för EU:s landsbygdsprogram under de förutsättningar som anges i EU-förordning 2115/2021.⁸³ Här bör man också beakta att HD:s slutsats om att ersättningsreglerna i MB enbart är ”kompensatoriska” trots att de ger rätt till ersättning med 125 % kan komma att ifrågasättas av en underrätt och att den domstolen därför – efter att ha gått igenom övriga kriterier för otillåtet statsstöd – begär förhandsavgörande av domstolen i Luxemburg om förenligheten med EU-rätten. Här finns ju också en rad andra frågor om statsstödsförbudet som HD lämnade obesvarade; är det över huvud taget tillåtet att lämna ersättning för fullgörandet av de skyldigheter som följer av EU:s artskyddsregler; kan systemet betraktas som objektivt, genomsynligt och rättvist när det inte görs något avdrag för den toleranströskel som annars gäller och markägaren kan disponera över ersättningsmöjligheterna; är det fråga om en ny stödordning som bör anmälas till EU-kommissionen? Även denna möjlighet att frågorna ställs till EUD måste givetvis tas i beaktande av lagstiftaren. Alldeles oavsett kan vi se fram emot en spännande fortsättning på frågan om artskydd och ersättning.

⁸² För annan åsikt, se Håkans Anderssons kommentar till Malsättra-domen i Infotorg/Rättsbanken 2023-08-31 där han anser att den är välskrivnen och väljer att inte kommentera frågan om statsstöd då invändningen är ”udda - för att inte säga dråplig” (Konstitutionalisering av ersättningsrätten (IV) – ersättningsprinciper vid rådhetsinskränkning pga miljöhänsyn (2:15 RF)).

⁸³ Se C-251/21 *SLA Piltenes meži* (2022) som gällde ersättning för inrättandet av ett mikroreservat till förmån för tjäder. Av domen framgår också att sådant stöd omfattas av artikel 107.1 FEUF, se p. 67–69. Avgörandet gällde visserligen tillämpningen av den numera upphävda EU-förordningen 1305/2013, men den ersattes den 1 januari 2023 av förordning (EU) 2115/2021 där den aktuella bestämmelsen återfinns i artikel 72.b. Förutsättningarna för att kommissionen ska acceptera sådant stöd framgår av *Riktlinjer för statligt stöd inom jord- och skogsbrukssektorn och i landsbygdsområden (2022/C 485/1)*, kapitel 2 (Stöd till skogsbrukssektorn) p. 548–553. Här upprepas att stödnivån inte får överskrida 100 % av kostnaderna.