



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Frida Andersson

# Kapplöpning om allmänt vattenområde

En utredning av hur konkurrens om att utvinna förnybar energi inom allmänt vattenområde hanteras vid tillståndsprövningen

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Britta Sjöstedt

Termin för examen: Period 1 HT2021

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>3</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syften och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsningar	9
1.5 Disposition	11
<b>2 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ATT UTVINNA FÖRNYBAR ENERGI PÅ ALLMÄNT VATTENOMRÅDE</b>	<b>12</b>
2.1 Utbyggnaden av havsbaserad energiproduktion	12
2.1.1 Formerna för havsbaserad förnybar energiproduktion	12
2.1.2 Sveriges och EU:s mål för energipolitiken	13
2.1.3 Innebörden av en hållbar utveckling	14
2.2 Etablering av energianläggningar inom allmänt vattenområde	16
2.2.1 Allmänt vattenområde	16
2.2.2 Etableringsprocessen	17
2.2.3 Tillståndsprocessen	17
2.2.4 Tillståndsprövningen	21
2.2.5 Lämplig användning av vattenområden	22
2.3 Särskilt om rådighet på allmänt vattenområde	25
2.3.1 Rådighetskravet	25
2.3.2 Rätten till allmänt vattenområde	27
2.3.3 Rådighet som processförutsättning	30
2.3.4 Rådighetsmedgivande från Kammarkollegiet	31
<b>3 KONKURRENS OM ALLMÄNT VATTENOMRÅDE FÖR UTVINNING AV FÖRNYBAR ENERGI</b>	<b>34</b>
3.1 Inledning	34
3.2 Konkurrerens inför tillståndsprövningen	35
3.2.1 Konkurrerande rådighetsanspråk	35
3.2.2 Alternativ ett – avvisa ansökan om rådigheten är delad	37
3.2.3 Alternativ två – pröva om rådigheten är tillräcklig i det enskilda fallet	38
3.2.4 Alternativ tre – godta ansökan även om rådigheten är delad	39

3.2.5	Alternativ fyra – godta ansökan hos den som är först	40
<b>3.3</b>	<b>Konkurrens vid tillståndsprövningen</b>	<b>41</b>
3.3.1	Utvinnings- och omgivningskonkurrens	41
3.3.2	Konkurrens i förhållande till tillståndsgiven verksamhet	42
3.3.3	Konkurrens i förhållande till samtida verksamhet	45
3.3.3.1	Gemensamma tillståndsvillkor	45
3.3.3.2	Jämkning eller företräde	46
3.3.4	Konkurrens i förhållande till framtida verksamheter	50
<b>4</b>	<b>FÖRDELNING AV MÖJLIGHETEN ATT UTVINNA FÖRNYBAR ENERGI INOM ALLMÄNT VATTENOMRÅDE</b>	<b>52</b>
<b>4.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>52</b>
<b>4.2</b>	<b>Fördelning inför tillståndsprövningen</b>	<b>53</b>
<b>4.3</b>	<b>Fördelning vid tillståndsprövningen</b>	<b>54</b>
4.3.1	Fördelningen	54
4.3.2	Tillståndsgiven verksamhet	56
4.3.3	Samtida verksamhet	57
4.3.4	Framtida verksamhet	59
<b>4.4</b>	<b>En hållbar utveckling</b>	<b>59</b>
<b>4.5</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>60</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>62</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>68</b>

# Summary

There are only a few sea areas that can be used to exploit renewable energy. An increased interest in expanding offshore energy production can therefore lead to intensified competition for the same areas. A competitive situation is especially challenging in the public water area (the area outside private properties) since it is not possible for developers to secure an exclusive right to the area before the permit proceeding begins. When a developer is applying for a permit to construct an installation to exploit renewable energy in the public water area the Court might have to consider competing claims to exploit the area. First, before a permit procedure can start, the Court might have to decide whether they can consider the application even though the applicant does not have an exclusive right of disposition to the relevant public water area. Without a right of disposition, the application cannot be admitted for a decision. Kammarkollegiet gives a right of disposition. Second, to determine whether a permit can be granted, the Court needs to decide whether a shared interest in using the sea area precludes the granting of the applied permit. At present, there is no solid legal framework that handles competing claims to exploit the public water area.

This legal essay determines, based on a legal dogmatic method, how competition to use the public water area to exploit renewable energy is handled within the permit process. This essay also aims to examine how the rules on competition relate to the Environmental Code's goal to promote sustainable development.

The essay concludes that the legal position regarding competing claims within a permit matter is unsettled. Nevertheless, the Court is likely to consider an application even if several developers have a right of disposition within the same public water area. The application can be admitted on two feasible grounds, either because a consent from Kammarkollegiet is considered to be sufficient in itself or because the right of disposition is sufficient in the specific case. It is also concluded that the right to use an area is divided differently depending on whether the activity in question is competing with a licensed, a contemporary or a future activity. The interest to ensure that licensed activities can be carried out predictably limits the possibility of restricting licensed activities in favour of new activities. When the right to exploit energy is divided between contemporary activities, the possibility of considering the objective of the Environmental Code is greater. If a court has established that contemporary activities may be allowed separately but not together, it should be assessed which use of the area is most appropriate from a general point of view. The possibility of extracting energy may be limited in favour of a future activity only if it can be carried out at no undue cost to the activity being examined. This limits the possibility of ensuring a distribution compatible with the purpose of the Environmental Code when considering future activities.

# Sammanfattning

Ett begränsat utbud av lämpliga områden för utvinning av förnybar energi till havs i kombination med ett ökat intresse av att bygga ut den havsbaserad energiproduktionen riskerar leda till stor konkurrens om samma områden. Hur konkurrens som uppstår inom allmänt vattenområde, det vill säga vattenområdet utanför enskilda fastigheter, ska hanteras är ovisst. Konkurrens uppstår eftersom projektörer saknar möjlighet att inför tillståndsprövningen tillförsäkra sig ensamrätt till området. Domstolen kan behöva ta ställning till konkurrerande anspråk på att utnyttja det allmänna vattenområdet vid olika skeden av etableringsprocessen. För det första kan domstolen behöva ta ställning till om tillståndsansökan kan prövas trots att Kammarkollegiet har medgivit flera projektörer rätt att råda över vattnet i samma område. Om tillräcklig rådighet inte föreligger när tillståndsansökan lämnas in till domstolen utgör det ett rättegångshinder. För det andra, om tillståndsansökan tas upp till prövning, kan domstolen behöva ta ställning till om ett delat intresse av att utvinna förnybar energi inom samma område påverkar förutsättningarna för att bevilja ett nytt tillstånd.

Uppsatsens syfte är att, utifrån en rättsdogmatisk metod, fastställa hur konkurrens om att utvinna förnybar energi på allmänt vattenområde hanteras vid prövningen av en tillståndsansökan. Uppsatsen syftar även till att utreda på vilket sätt miljöbalkens syfte att främja en hållbar utveckling påverkar hur möjligheten att använda det allmänna vattenområdet fördelas vid tillståndsprövningen.

Uppsatsen konkluderar att rättsläget är osäkert men att domstolen sannolikt skulle ta upp en tillståndsansökan till prövning även om flera innehar rådighet inom samma allmänna vattenområde. Domstolen kan ta upp ansökan för prövning antingen med argumentet att ett rådighetsmedgivande i sig utgör en tillräcklig processförutsättning eller för att pröva om den rådighet som föreligger är tillräcklig i det enskilda fallet. Uppsatsen konkluderar även att hur domstolen fördelar möjligheten att använda ett område och tar hänsyn till miljöbalkens syfte beror på om verksamheten som prövas konkurrerar med redan tillståndsgivna, samtida eller framtida verksamheter. Intresset av att säkerställa att redan tillståndsgivna verksamheter kan bedrivas på ett förutsägbart sätt leder till att möjligheten att begränsa dessa verksamheter till förmån för nya verksamheter är begränsad. Vid en eventuell fördelningen av möjligheten att utvinna energi mellan samtida verksamheter är utrymmet för att ta hänsyn till miljöbalkens syfte större än vid tillståndsgivna verksamheter. Om det konstaterats att de samtida verksamheterna kan tillåtas var för sig men inte tillsammans bör företräde medges den användning som är lämpligast från allmän synpunkt. Möjligheten att utvinna energi kan vid tillståndsprövningen begränsas till förmån för en framtida verksamhet endast om det kan ske utan oskälig kostnad för verksamheten som prövas, vilket begränsar möjligheten att säkerställa en fördelning förenlig med miljöbalkens syfte.

# Förkortningar

Bet.	Betänkande
ER	Energimyndighetens rapport
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europiska unionen
Förnybarhetsdirektivet	Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2018/2001 av den 11 december 2018 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor
Dnr.	Diarienummer
JB	Jordabalken
KOM	Europeiska kommissionen
Kontinentalsockellagen	Lagen (1966:314) om kontinentalsockeln
LM	Lantmäteriet
LSV	Lagen (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet
MB	Miljöbalken
MÖD	Mark- och miljööverdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv (avd. 1)
PBL	Plan- och bygglagen (2010:900)
PM	Promemoria
Prop.	Proposition
Rskr.	Riksdagsskrivelse
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Det finns i Sverige och inom EU ett intresse av att ställa om till en mer förnybar energiproduktion för att minska beroendet av fossila bränslen.<sup>1</sup> Vid omställningen förutspås den havsbaserade förnybara energin, främst havsbaserad vindkraft, utgöra en viktig komponent.<sup>2</sup> Att bygga ut förnybara energikällor har även bedömts viktigt för att begränsa klimatpåverkan och nå miljöbalkens mål om en hållbar utveckling.<sup>3</sup> Antalet och omfattningen av lämpliga områden för etablering av havsbaserade energianläggningar är dock begränsade. För det första eftersom särskilda förutsättningar måste vara uppfyllda för att möjliggöra utvinning, till exempel rätt vind- och bottenförhållanden.<sup>4</sup> För det andra eftersom det förekommer tungt vägande motstående intressen inom vissa havsområden, till exempel intressen hänförliga till naturvård och försvaret.<sup>5</sup> Ett begränsat utbud av lämpliga områden i kombination med ett ökat intresse av att nyttja det allmänna vattenområdet för olika verksamheter riskerar leda till en kapplöpning om det allmänna vattenområdet.<sup>6</sup> I skrivande stund har till exempel två projektörer oberoende av varandra lämnat in varsin ansökan om att etablera vindkraftsanläggningar inom samma allmänna vattenområde.<sup>7</sup> Med allmänt vattenområde avses vattenområdet som inte tillhör enskilda fastigheter.<sup>8</sup> Vattenområdet som tillhör enskilda fastigheter benämns nedan enskilt vattenområde.

För att få etablera en anläggning för utvinning av förnybar energi måste projektören ansöka och beviljas tillstånd för anläggningen. Begreppet projektör används nedan för att beskriva den som avser att etablera en havsbaserad anläggning för utvinning av förnybar energi.<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> Se prop. 2017/18:228 s. 17; bet. 2017/18:NU22; rskr. 2017/18:411; art. 1, 3 förnybarhetsdirektivet; KOM(2020) 741 slutlig av den 19 november 2020 s. 6 ff.

<sup>2</sup> Se prop. 2017/18:228 s. 26, 62; PM 2021-02-02 Minskade anslutningskostnader för elproduktion till havs s. 3 ff.; KOM(2020) 741 slutlig av den 19 november 2020 s. 6 ff.

<sup>3</sup> Se 1 kap. 1 § MB; MÖD 2010:38; prop. 1997/98:45 del 1 s. 154.

<sup>4</sup> Jfr MÖD 2009:48; Energimyndigheten (2017) s. 6, 20 ff.

<sup>5</sup> Se till exempel MÖD 2009:48 – Tillstånd för havsbaserad vindkraft nekades med anledning av områdets betydelse för torsken och Mark- och miljödomstolens dom vid Växjö Tingsrätt från den 18 november 2016 i mål nr M 2728-15 – Tillstånd för havsbaserad vindkraft nekades med anledning av områdets betydelse för försvaret.

<sup>6</sup> Jfr SOU 2015:10 s. 423.

<sup>7</sup> Jfr två ansökningar om havsbaserad vindkraft som inkommit till Mark- och miljödomstolen vid Östersund Tingsrätt den 24 maj 2021 med mål nr M 1569-21 respektive den 30 oktober 2020 med mål nr M 3133-20.

<sup>8</sup> Se 1–2 §§ lagen (1950:595) om gräns mot allmänt vattenområde; se vidare avsnitt 2.2.1.

<sup>9</sup> Begreppet projektör används ibland synonymt med sökanden. Sökanden är den som lämnat in en ansökan om tillstånd för en verksamhet. För att beskriva den som redan bedriver en verksamhet används begreppet verksamhetsutövare eller tillståndsinnehavare.

Konkurrens om att använda samma vattenområde för utvinning av förnybar energi kan uppstå i olika situationer: dels mellan flera projektörer som samtidigt ansöker om tillstånd, dels mellan den eller de projektörer som ansöker om tillstånd och redan tillståndsgivna anläggningar eller planerade anläggningar.<sup>10</sup> Med begreppet konkurrens avses en relation mellan aktörer där en aktörs nyttjande av en resurs begränsar andra aktörers tillgång till resursen.<sup>11</sup> Risken för att konkurrens uppstår är särskilt stor på allmänt vattenområde eftersom projektörer saknar möjlighet att säkerställa ensamrätt till området som tillståndsansökan avser, vilket i regel är möjligt om verksamheten etableras på land eller inom enskilt vattenområde.<sup>12</sup>

För att en ansökan om tillstånd för att etablera en anläggning inom allmänt vattenområde ska tas upp till prövning gäller en särskild processförutsättning. Det krävs att projektören inför tillståndsprövningen kan påvisa en rätt att förfoga över vattenområdet, med andra ord att projektören har rådighet över vattnet.<sup>13</sup> Inom allmänt vattenområde har kravet tolkats som att användningen av området förutsätter att ett rådighetsmedgivande har lämnats av Kammarkollegiet i egenskap av företrädare för staten.<sup>14</sup> Den rättsliga grunden för Kammarkollegiets befogenhet att lämna rådighetsmedgivande är oklar.<sup>15</sup> Kammarkollegiet lämnar dessutom rådighetsmedgivanden till projektörer utan hänsyn till tidigare medgivanden, vilket innebär att flera projektörer kan få rådighet över samma område.<sup>16</sup> Huruvida ett rådighetsmedgivande utgör en tillräcklig förutsättning för att en tillståndsansökan ska tas upp till prövning framgår inte av lag, praxis eller förarbeten. Det saknas även en samlad reglering som anger vilken hänsyn som domstolen ska ta till befintliga, samtida och framtida anläggningar inom ett område vid prövningen av en ansökan om att utvinna förnybar energi inom samma område. Det är inte heller klart på vilket sätt miljöbalkens övergripande syfte att främja en hållbar utveckling påverkar tillgången till det allmänna vattenområdet vid konkurrens.

Om det politiska målet om en mer förnybar energiproduktion ska uppnås bör regelverket ses över för att identifiera eventuella hinder för en sådan

---

Aktör används som samlingsnamn för projektör, tillståndsinnehavare och verksamhetsutövare.

<sup>10</sup> Se MÖD 2016:4; SOU 2008:86 s. 276; Michanek (1990) s. 527; Bengtsson (2020) s. 2.

<sup>11</sup> Se Nationalencyklopedin (u.å), Konkurrens.

<sup>12</sup> Se närmare avsnitt 2.3.1.

<sup>13</sup> Se 2 kap. 1 § LSV; 11 kap. 1 § MB; NJA 1993 s. 331; NJA 2012 s. 362; prop. 1981/82:130 s. 401; SOU 2014:35 s. 142; SOU 2015:10 s. 414.

<sup>14</sup> Jfr 2 § förordningen (2007:824) med instruktion för Kammarkollegiet; se avsnitt 2.3.4.

<sup>15</sup> Jfr Kammarkollegiet (2010) s. 4 ff.

<sup>16</sup> Se SOU 2015:10 s. 416; SOU 2008:86 s. 276; jfr två ansökningar om havsbaserad vindkraft som inkommit till Mark- och miljödomstolen vid Östersund Tingsrätt den 24 maj 2021 med mål nr M 1569-21 respektive den 30 oktober 2020 med mål nr M 3133-20.

utveckling.<sup>17</sup> Ett sådant hinder kan vara en oförutsägbar tillståndsprocess med anledning av den osäkerhet som idag råder angående domstolens hantering av frågan om konkurrens om att utvinna förnybar energi på allmänt vattenområde.<sup>18</sup> För att kunna hantera de olika motstående intressen som aktualiseras när en tillståndsansökan prövas och för att projektörer ska våga investera i förnybar energi finns nämligen ett behov av att tillståndsprocesserna är rättssäkra och effektiva.<sup>19</sup>

## 1.2 Syften och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att klargöra hur domstolen hanterar konkurrens om att utvinna förnybar energi inom det allmänna vattenområdet vid prövningen av en ansökan om tillstånd för att etablera en anläggning för utvinning av förnybar energi. Uppsatsen syftar även till att utreda på vilket sätt miljöbalkens syfte att främja en hållbar utveckling påverkar hur möjligheten att använda det allmänna vattenområdet fördelas vid tillståndsprövningen.

Följande frågeställningar besvaras för att uppnå syftena:

1. Hindrar nuvarande regelverk domstolen från att pröva flera ansökningar om tillstånd för att etablera en anläggning för utvinning av förnybar energi inom samma allmänna vattenområde?
2. Om hinder inte föreligger enligt punkt 1, hur fördelas möjligheten att utvinna förnybar energi inom samma allmänna vattenområde vid prövningen av en tillståndsansökan?
3. Vilken betydelse har miljöbalkens syfte för hur möjligheten att utvinna förnybar energi inom samma allmänna vattenområde fördelas vid tillståndsprövningen?

## 1.3 Metod och material

Inledningsvis beskrivs kortfattat de rättsområden som uppsatsens frågeställningar och syften aktualiserar. Valet av metod och material beskrivs sedan samlat med hänsyn till det nära förhållandet mellan valen.

Uppsatsen berör rättsområden som reglerar lagstiftarens och myndigheters kontroll över användningen av vattenområden.<sup>20</sup> Med anledning av

---

<sup>17</sup> Jfr SOU 2021:21 s. 324 – I förarbetet anges också att flera samhällsaktörer länge har anfört att klimatomställningen försvåras av att tillståndsprocesserna tar för lång tid, är oförutsägbara och inte leder till rätt avvägningar mellan olika samhällsintressen.

<sup>18</sup> Jfr Kammarkollegiet (2010) s. 6.

<sup>19</sup> Jfr MÖD 2009:32; KOM(2020) 741 slutlig av den 19 november 2020 s. 15 f.

<sup>20</sup> Jfr Bengtsson (2018) s. 13; Ebbesson (2021) s. 12.

uppsatsens syften innebär det ett huvudsakligt fokus på miljörättsliga frågeställningar. Miljöbalken utgör det centrala regelverket för att utreda hur konkurrens på allmänt vattenområde hanteras inom ramen för gällande rätt. Miljöbalken reglerar i sin tur både miljörättsliga och vattenrättsliga frågor.<sup>21</sup> Vissa särskilda vattenrättsliga frågeställningar regleras utanför miljöbalken, däribland frågan om rådighet som regleras i lagen (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.<sup>22</sup> Fastighetsrättsliga aspekter får även betydelse för enskildas rätt att använda vattenområden.<sup>23</sup>

Uppsatsen utgår från en rättsdogmatisk metod för att besvara valda frågeställningar. Eftersom syftet med uppsatsen främst är att utreda gällande rätt genom att fastställa, systematisera och analysera det oklara rättsläget är en rättsdogmatisk metod den mest lämpliga att använda. Rättsdogmatiken kan beskrivas som systemintern eftersom syftet med metoden är att fastställa det mest sannolika rättsläget med utgångspunkt i de lagar, förarbeten och praxis som finns på området.<sup>24</sup> Svaret på frågan vad som utgör gällande rätt söks inom rättssystemet som sådant med utgångspunkt lagstiftningens ordalydelse, systematik och syfte.<sup>25</sup>

I uppsatsen, inom ramen för systematiseringen av gällande rätt, analyseras reglers förhållande till syftet med viss lagstiftning. Bärigheten av uttalanden i förarbeten och praxis läses även i förhållande till lagens ordalydelse och syftet med viss lagstiftning.<sup>26</sup> Ett kritiskt förhållningssätt till rättskällorna eftersträvas således i uppsatsen.<sup>27</sup>

Miljöbalkens övergripande syfte är att främja en hållbar utveckling.<sup>28</sup> Syftet genomsyrar tillämpligheten av balken och har stor betydelse för hur det miljörättsliga regelverket förstås.<sup>29</sup> För att konkret utreda regelverket utifrån syftet att främja en hållbar utveckling har den miljörättsliga forskningen etablerat en särskild metod.<sup>30</sup> Den miljörättsliga metoden, som tar sin utgångspunkt i förhållandet mellan aktören (människan) och reaktören (miljön), utvecklades ursprungligen av miljörättsprofessorn Staffan Westerlund.<sup>31</sup> Metoden utgår från de yttre naturvetenskapliga förhållandena och syftet med metoden är att utreda hur rättssystemet bör konstrueras för att det ska vara hållbart.<sup>32</sup> En utmaning med metoden är att identifiera vilka

---

<sup>21</sup> Jfr Michanek & Zetterberg (2021) s. 29 ff.; Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 19, 22.

<sup>22</sup> Se 11 kap. 1 § MB.

<sup>23</sup> Se bland annat 1 kap. 1, 3 §§ JB; jfr Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 244.

<sup>24</sup> Se Jareborg (2004) s. 4; Kleineman (2018) s. 21.

<sup>25</sup> Se Jareborg (2004) s. 4.

<sup>26</sup> Se Bengtsson (2018) s. 37 f. – Att fästa vikt vid syftet med viss lagstiftning spelar enligt författaren särskilt stor roll när reglerna är allmänt hållna och ger utrymme till skönsmässiga bedömningar, vilket är typiskt för flera regler i miljöbalken.

<sup>27</sup> Jfr Kleineman (2018) s. 35 f.

<sup>28</sup> Se 1 kap. 1 § MB.

<sup>29</sup> Jfr MÖD 2006:53; MÖD 2009:48; prop. 1997/98:45 del 2 s. 8; Michanek & Zetterberg (2021) s. 103 f.

<sup>30</sup> Se Michanek & Zetterberg (2021) s. 30 ff.; jfr Westerlund (1997) s. 23 ff., s. 37 f.

<sup>31</sup> Se Michanek & Zetterberg (2021) s. 33; Westerlund (2010) s. 10 f., 14 f.

<sup>32</sup> Se Westerlund (2010) s. 10 ff.; Westerlund (2003) s. 371 f.; Hydén (2002) s. 114 f.

åtgärder som behövs för att ett ekologiskt hållbart rättssystem ska kunna konstrueras. Ett sådant identifierande torde förutsätta ett tvärvetenskapligt förhållningssätt mellan juridik och naturvetenskap.<sup>33</sup> I uppsatsen tillämpas inte ett sådant förhållningssätt. Det har därför bedömts olämpligt att använda en renodlad miljörettslig metod för att besvara valda frågeställningar.<sup>34</sup> Det har ändå ansetts möjligt, att inom ramen för en rättsdogmatisk metod, utreda om bestämmelserna som aktualiseras vid konkurrens är utformade på ett sätt som gör det möjligt att beakta miljöbalkens syfte att främja en hållbar utveckling.<sup>35</sup>

Vid en rättsdogmatisk metod fastställs gällande rätt utifrån rättskällorna. Rättskällorna anses traditionellt bestå av lagtext, förarbeten, praxis och doktrin.<sup>36</sup> Författning samt relevant tillhörande praxis och förarbeten tillskrivs i uppsatsen auktoritet och utgör rekonstruktionsförfarandets grund.<sup>37</sup> Doktrin tillskrivs i uppsatsen värde grundat på sakskaäl, vilket innebär att värdet av doktrin återfinns i innehållets inre logik och övertygande argument.<sup>38</sup> Handböcker och andra skrivelser från svenska myndigheter och EU-kommissionen som syftar till att redogöra för rättsläget tillskrivs i uppsatsen, på samma sätt som doktrin, värde grundat på sakskaäl. En annan möjlig rättskälla är sedvana, vars innebörd och betydelse som rättskälla är omstridd.<sup>39</sup> Sedvana kan förenklat beskrivas som ett återkommande handlande från enskilda och myndigheter som ger uttryck för en övertygelse om att man borde bete sig på ett visst sätt.<sup>40</sup> Vilken betydelse som kan tillmätas sedvana beror på det enskilda fallet och uppmärksammas därför i uppsatsen när frågan om sedvana aktualiseras.<sup>41</sup>

Den rättsliga regleringen avseende havsbaserad förnybar energi och vilka problem som kan uppstå när flera projektörer är intresserade av samma vattenområden utgör inte uppmärksammas frågor inom den juridiska doktrinen. Gabriel Michanek har i boken *Energirätt – En undersökning från mark- och miljörettslig utgångspunkt med särskilt inriktning på frågor om energihushållning* från 1990 uppmärksammat vissa delfrågeställningar, däribland frågan om rådighet över det allmänna vattenområdet.<sup>42</sup> Förekomsten av konkurrens om vattenområden mellan projektörer för utvinning av förnybar energi har även uppmärksammas i EU-rättslig forskning. I *Offshore Wind in the European Union – Towards Integrated Management of our Marine Waters* från 2015 anger Katelijan van Hende

---

<sup>33</sup> Jfr Michanek & Zetterberg (2021) s. 33; Westerlund (2003) s. 30, s. 371 f.; Westerlund (2010) s. 11 ff.

<sup>34</sup> Metoden har kritiserats för att den leder till att man hamnar utanför det faktiska rättsläget, se för denna uppfattning Bengtsson (2001) s. 17, s. 44 ff.

<sup>35</sup> Jfr Kleinman (2018) s. 35 ff.

<sup>36</sup> Se Kleinman (2018) s. 21, 33.

<sup>37</sup> Se Kleinman (2018) s. 33; Lehrberg (1992) s. 98; Dahlman (2019) s. 68 f.

<sup>38</sup> Se Kleinman (2018) s. 33 f.

<sup>39</sup> Se Peczenik (1986) s. 207.

<sup>40</sup> Jfr Peczenik (1986) s. 206 f.; Dahlman (2019) s. 69.

<sup>41</sup> Jfr Peczenik (1986) s. 207; se avsnitt 2.3.4.

<sup>42</sup> Se särskilt Michanek (1990) s. 506–555.

bland annat att ett kongruent regelverk för att lösa konkurrens om vattenområdena är nödvändigt för att möjliggöra gränsöverskridande vindkraftsexploatering till havs.<sup>43</sup> Andra centrala verk inom miljöretten som har haft stor betydelse vid struktureringen av gällande rätt i uppsatsen är *Den svenska miljöretten* av Charlotta Zetterberg och Gabriel Michanek samt *Vattenverksamhet: den rättsliga regleringen* av Rolf Strömberg och Agnes Larfeldt Alven.

Följande ska sägas om praxis. Prejudikatbildningen sker främst i Högsta domstolen.<sup>44</sup> För mark- och miljörettsliga mål finns dock en särskild instansordning där mark- och miljööverdomstolen ofta utgör högsta instans.<sup>45</sup> Högsta domstolen har erkänt Mark- och miljööverdomstolens betydelse för prejudikatbildningen inom miljörettens område.<sup>46</sup> Relevanta uttalanden från Högsta domstolen och Mark- och miljööverdomstolen, i den mån domstolen har utgjort slutinstans, behandlas därför i uppsatsen som auktoritära rättskällor.<sup>47</sup> Avgöranden från lägre instanser tillerkänns i svensk rätt inte samma rättskällevärde. Avgöranden från lägre instanser anses likväl kunna tillskrivas värde utifrån sakskalet genom att studera domskälens systematik och argumentation.<sup>48</sup> Mål från mark- och miljödomstol har, mot bakgrund av det anförda, använts för att belysa möjliga rättsliga resonemang.

I uppsatsen uppmärksammas även kort hur Danmark och Finland bland annat ser på äganderätten till allmänt vattenområde. Rättssystemen har valts eftersom begreppsbildningen är lika och användningen av vattenområdena historiskt sett har varit lika.<sup>49</sup> Uppsatsen tillämpar dock inte en komparativ metod. De komparativa inslagen avser endast ge upplysningar om andra rättsliga lösningar för att ge en fördjupad förståelse för det svenska regelverket.

## 1.4 Avgränsningar

Framställningen begränsas till utvinning av förnybar energi på allmänt vattenområde eftersom denna verksamhetsform inte är särskilt reglerad och eftersom det finns ett uttalat politiskt intresse att främja havsbaserad förnybar energi.<sup>50</sup> Annan verksamhet som kan konkurrera om det allmänna vattenområdet är fiske, fiskodling och hamnverksamhet.<sup>51</sup> Framställningen avgränsas även till det allmänna vattenområdet i territorialhavet. Det

---

<sup>43</sup> Se Van Hende (2015) s. 29 f.

<sup>44</sup> Jfr 3 kap. 1 § RB; se Dahlman (2019) s. 69.

<sup>45</sup> Jfr 5 kap. 5 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar.

<sup>46</sup> Se NJA 2011 s. 782.

<sup>47</sup> Jfr Peczenik (1986) s. 208.

<sup>48</sup> Se Dahlman (2019) s. 70; jfr Peczenik (1986) s. 208.

<sup>49</sup> Jfr Kammarkollegiet (1965) s. 42 f.

<sup>50</sup> Se vidare avsnitt 2.1.2.

<sup>51</sup> Se SOU 2015:10 s. 421.

allmänna vattenområdet i de större insjöarna och eventuella särskilda problem hänförliga till dessa behandlas inte särskilt. Med anledning av vald frågeställning berörs inte heller särskilda utmaningar som kan uppkomma vid etablering av verksamhet inom andra vattenområden, till exempel inom Sveriges ekonomiska zon.<sup>52</sup>

Eftersom havsbaserad vindkraft är en väletablerad teknik för utvinning av förnybar energi i Sverige till skillnad från energiomvandling från vågor, tidvatten, temperaturskillnader och salthaltskillnader har främst tillståndprocesser för havsbaserad vindkraft studerats. Det har ändå inte bedömts motiverat att avgränsa framställningen till att endast avse havsbaserad vindkraft eftersom liknande rättsliga överväganden aktualiseras vid all typ av havsbaserad förnybar energi. Den snabba teknikutvecklingen och det stora intresset av att nyttja havsområden för utvinning av förnybar energi kan dessutom leda till att andra utvinningsformer börja användas.<sup>53</sup>

För att etablera en havsbaserad förnybar energianläggning förutsätts att projektören ansöker om flera tillstånd enligt olika regelverk. Uppsatsen avgränsas till tillståndprocessen enligt miljöbalken och prövningen av själva energianläggningen. Behovet av ytterligare tillstånd eller dispenser på grund av områdets naturvärden eller liknande utreds inte.<sup>54</sup> Tillstånds- eller anmälningsprocessen för olika delverksamheter i form av tillstånd för inledande undersökningar och nedläggning av kablar berörs inte heller. Avgränsningen motiveras med att prövningen enligt miljöbalken resulterar i det grundläggande tillståndet för anläggningen som styr vart verksamheten placeras och hur verksamheten får bedrivas.<sup>55</sup> Uppsatsen utgår vidare från en tillståndsprövning vid mark- och miljödomstol eftersom prövningen normalt initieras här.<sup>56</sup> De särskilda överväganden som kan aktualiseras när andra instanser, såsom regeringen, prövar tillstånd redogörs inte för.

Eftersom uppsatsen har avgränsats till att utreda etablering inom allmänt vattenområde inom territorialhavet kommer uppsatsen inte beröra folkrättsliga aspekter av frågan om konkurrens om vattenområden.<sup>57</sup> EU-rättsliga aspekter avseende hanteringen av konkurrerande anspråk på allmänt vattenområdet kommer inte heller att beröras djupgående. Avgränsningen motiveras av att EU-rätten saknar direkt inflytande över hur medlemsstaterna väljer att rättsligt definiera det allmänna vattenområdet och i detalj väljer att hantera konkurrens mellan olika aktörer inom ramen för tillståndprocessen.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> Se lagen (1992:1140) om Sveriges ekonomiska zon.

<sup>53</sup> Jfr KOM(2020) 741 slutlig av den 19 november 2020 s. 2 ff.

<sup>54</sup> Jfr bland annat 7 kap. 28 a § MB och 14 § artskyddsförordningen (2007:845).

<sup>55</sup> Jfr 9 kap. 6 § MB; 11 kap. 9 § MB; se vidare sektion 2.3.

<sup>56</sup> Följande bestämmelser kan aktualisera en regeringsprövning 2 kap. 9–10 §§ MB, 7 kap. 29 § och 17 kap. MB. Överlämnande sker till regeringen i enlighet med 19 kap. 2 § MB och 21 kap. 7 § MB.

<sup>57</sup> Jfr SOU 2015:10 s. 664 – I förarbetet uttrycks att frågor hänförliga till rätten på allmänt vattenområde i huvudsak är att betrakta som en inomstatlig angelägenhet.

<sup>58</sup> Jfr Van Hende (2015) s. 30.

## 1.5 Disposition

Uppsatsen består, utöver det inledande kapitlet ovan, av tre kapitel. Det andra kapitlet anger de grundläggande förutsättningarna för att utvinna förnybar energi inom allmänt vattenområde. Sektion 2.1 redogör för de olika havsenergiteknikerna, målet att främja en hållbar utveckling och målen för Sveriges och EU:s energipolitik. Sektion 2.2 beskriver innebörden av allmänt vattenområde, tillståndsprocessen och innehållet i en tillståndsprövning. Återstående sektion 2.3 redogör för rådigheten över allmänt vattenområde och betydelsen av rådighetsmedgivandet som processförutsättning.

Mot bakgrund av redogörelsen i det andra kapitlet utreder det tredje kapitlet hur konkurrens om att använda allmänt vattenområde hanteras vid tillståndsprövning. Inledningsvis uppmärksammar sektion 3.1 hur konkurrens uppkommer och hur andra regelverk än miljöbalken reglerar konkurrens vid utvinning av naturresurser. Sektion 3.2 redogör för betydelsen av rådighetskravet som processförutsättning när flera innehar rådighet över vattnet inom samma vattenområde. Sektion 3.3 behandlar hur tillståndsprövningen hanterar konkurrens om att använda ett område för utvinning av förnybar energi.

Kapitel fyra sammanfattar avslutningsvis hur konkurrens om att utvinna förnybar energi på allmänt vattenområde hanteras vid tillståndsprövningen. Analysen uppmärksammar även på vilket sätt miljöbalkens syfte att främja en hållbar utveckling påverkar hur domstolen fördelar möjligheten att använda det allmänna vattenområdet vid tillståndsprövningen.

## 2 Förutsättningar för att utvinna förnybar energi på allmänt vattenområde

### 2.1 Utbyggnaden av havsbaserad energiproduktion

#### 2.1.1 Formerna för havsbaserad förnybar energiproduktion

Det finns flera tekniker för att utvinna förnybar energi på allmänt vattenområde men den havsbaserade vindkraften utgör idag den enda teknik som används för storskalig elproduktion.<sup>59</sup> Försöksanläggningar för vågkraftverk har dock inrättats.<sup>60</sup> Nedan redogörs översiktligt för olika havsenergiteknikerna för att ge en bild av vad som kan omfattas av begreppet havsbaserad förnybar energi.

*Havsbaserad vindkraft* utvinner energi från vindarna till havs. Vinden driver sedan en turbin i vindkraftverket som genererar el.<sup>61</sup> En annan förnybar energikälla är *vågkraftverk* som genererar el genom att utnyttja vattenvågors rörelseenergi.<sup>62</sup> *Havsvärmekraft*, vanligen benämnd OTEC (Ocean thermal energy conversion), utnyttjar temperaturskillnaden mellan kallt och varmt vatten på olika djup i havet för att generera elektricitet genom en ångprocess. Eftersom utvinningen förutsätter stora temperaturskillnader kan tekniken, såsom den ser ut idag, inte användas i Sverige.<sup>63</sup>

*Tidvattenkraftverk* utvinner energi genom att tidvattnets rörelse eller lägesenergi utnyttjas. Utvinningen förutsätter särskilda geografiska förhållanden och stora nivåskillnader mellan ebb och flod, vilket kan antas försvårat för en utbyggnad av tidvattenkraften i Sverige.<sup>64</sup> En annan teknik som skulle kunna användas i Sverige för att utvinna förnybar energi är *saltkraftverk* som utvinner den energi som uppstår när söt- och saltvatten blandar sig.<sup>65</sup> Inom EU har även etablering av *flytande solcellsanläggningar* och användning av *algbaserade biodrivmedel* diskuterats.<sup>66</sup>

---

<sup>59</sup> Se Havs- och vattenmyndigheten (2016) s. 11.

<sup>60</sup> Se Mark- och miljödomstolen dom vid Vänersborg Tingsrätt den 24 juni 2010 i mål nr M 3086-09 och den 28 oktober 2014 i mål nr M 4658-13.

<sup>61</sup> Se Nationalencyklopedin (u.å), Vindkraftverk.

<sup>62</sup> Se Nationalencyklopedin (u.å), Vågkraftverk.

<sup>63</sup> Se Nationalencyklopedin (u.å), Temperaturgradientenergi.

<sup>64</sup> Se Nationalencyklopedin (u.å), Tidvattenkraftverk.

<sup>65</sup> Se Nationalencyklopedin (u.å), Saltkraftverk.

<sup>66</sup> Se KOM(2020) 741 slutlig av den 19 november 2020 s. 1, 4.

## 2.1.2 Sveriges och EU:s mål för energipolitiken

I Sverige och inom EU finns ett intresse av att underlätta för utbyggnaden av förnybar energi till havs för att därigenom kunna ställa om till en mer förnybar energiproduktion.<sup>67</sup> Intresset av att främja förnybar energi har resulterat i ny lagstiftning inom EU, däribland förnybarhetsdirektivet<sup>68</sup>. Genom direktivet upprättas en ram för främjande av energi från förnybara energikällor. Direktivet innehåller bland annat regler om tillståndprocessen och ekonomiskt stöd till förnybar energi.<sup>69</sup> I direktivet fastställs även ett nytt unionsmål för förnybar energi. Målet är att 32 procent av EU:s energiförbrukning senast år 2030 ska komma från förnybara energikällor.<sup>70</sup> EU-kommissionen har även utrett förutsättningarna för den havsbaserade förnybara energin inom EU.<sup>71</sup> Kommissionen har bland annat uppmärksammat att det saknas ett regelverk som på ett långsiktigt sätt främjar samexistens mellan olika verksamheter på EU:s havsområden och samtidigt bidrar till att upprätthålla skyddet av miljön.<sup>72</sup> Höga uppförande- och driftkostnader och komplicerade tillståndsförfaranden har även bedömts kunna fördröja och fördyra projekt för havsbaserad förnybar energi inom unionen.<sup>73</sup>

I Sverige har riksdagen beslutat om flera mål för energipolitiken, bland annat att elproduktionen år 2040 ska vara helt förnybar.<sup>74</sup> Det övergripande målet är en energipolitik som skapar en effektiv och hållbar energianvändning samt en energiförsörjning med så liten negativ påverkan på människors hälsa, miljön och klimatet som möjligt.<sup>75</sup> Intresset av att underlätta utbyggnaden av förnybar energi har resulterat i förslag om flera författningsändringar, bland annat att minska anslutningskostnaderna för elproduktion till havs<sup>76</sup> och begränsa kommunernas möjlighet att enligt 16 kap. 4 § MB lägga sitt veto mot en vindkraftsetablering inom den egna kommunen<sup>77</sup>.

---

<sup>67</sup> Se prop. 2017/18:228 s. 17, 26, 62; bet. 2017/18:NU22; rskr. 2017/18:411; MÖD 2010:38; art. 1, 3 förnybarhetsdirektivet; PM 2021-02-02 Minskade anslutningskostnader för elproduktion till havs s. 3 f., 7 f.; KOM(2014) 8 slutlig av den 20 januari 2014 s. 2; KOM(2020) 741 slutlig av den 19 november 2020 s. 6 ff.

<sup>68</sup> Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2018/2001 av den 11 december 2018 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor.

<sup>69</sup> Se art. 1 förnybarhetsdirektivet; se vidare i avsnitt 2.3.2.

<sup>70</sup> Se skäl 8, art. 3 förnybarhetsdirektivet.

<sup>71</sup> Se bland annat Europeiska kommissionens meddelande KOM(2014) 8 slutlig av den 20 januari 2014 och KOM(2020) 741 slutlig av den 19 november 2020.

<sup>72</sup> Se KOM(2020) 741 slutlig av den 19 november 2020 s. 8 f.

<sup>73</sup> Se KOM(2014) 8 slutlig av den 20 januari 2014 s. 6 f.

<sup>74</sup> Se prop. 2017/18:228 s. 17; bet. 2017/18:NU22; rskr. 2017/18:411.

<sup>75</sup> Se prop. 2017/18:228 s. 15.

<sup>76</sup> Se PM 2021-02-02 Minskade anslutningskostnader för elproduktion till havs.

<sup>77</sup> Se SOU 2021:53.

### 2.1.3 Innebörden av en hållbar utveckling

Den havsbaserade energiproduktionen är förnybar och den bedöms därför kunna bidra till miljöbalkens mål om att främja en hållbar utveckling.<sup>78</sup> Avsnittet nedan redogör översiktligt för innebörden av en hållbar utveckling med utgångspunkt i nationell rätt för att fastställa konceptets betydelse för tillämpningen av miljöbalken.

Konceptet hållbar utveckling innehåller flera delar men kan generellt beskrivas som idén om att samhällsutvecklingen ska vara långsiktigt hållbar. En utveckling som tar hänsyn till behovet hos kommande generationer ska främjas.<sup>79</sup> Det kan till exempel handla om att säkra tillgången till en viktig naturresurs. En utmaning är, med hänsyn till konceptets inneboende vaghet, att bestämma den närmare innebörden av en hållbar utveckling och fastställa, dels vad som krävs av dagens generation för att tillförsäkra kommande generationer en viss nivå, dels vad denna nivå ska bestå av.<sup>80</sup>

Av 1 kap. 1 § första stycket MB följer att miljöbalken syftar till att främja en hållbar utveckling som innebär att nuvarande och kommande generationer tillförsäkras en hälsosam och god miljö. Hur utvecklingen ska garanteras konkretiseras i bestämmelsens andra stycke där det bland annat anges att miljöbalken ska tillämpas på ett sådant sätt att mark- och vattenområden används så att en från ekologisk, social, kulturell och samhällsekonomisk synpunkt långsiktigt god hushållning tryggas.<sup>81</sup> Vägledning i frågan om vad en hållbar utveckling innebär återfinns i de av riksdagen fastställda miljö kvalitetsmålen.<sup>82</sup> Miljö kvalitetsmålen är 16 till antalet och anger det tillstånd i miljön som miljöarbetet ska leda till, däribland en begränsad klimatpåverkan<sup>83</sup>, ett rikt växt- och djurliv och en giftfri miljö.<sup>84</sup> Miljö kvalitetsmålen kan ibland vara motstående och uppnåendet av ett miljö kvalitetsmål får inte ske på bekostnad av ett annat. Det innebär bland annat att utbyggnaden av en förnybar energiproduktion för att begränsa klimatpåverkan måste anpassas så att ekosystemet bevaras.<sup>85</sup> Intresset av att främja en hållbar utveckling kommer även till uttryck i andra nationella rättsakter och flera internationella rättsakter.<sup>86</sup>

---

<sup>78</sup> Se 1 kap. 1 § MB; MÖD 2010:38; MÖD 2009:48; prop. 1997/98:45 del 1 s. 154; SOU 2021:21 s. 163.

<sup>79</sup> Se prop. 1997/98:45 del 2 s. 7; Michanek & Zetterberg (2021) s. 100, 104; Ebbesson (2021) s. 17 f.

<sup>80</sup> Jfr Kuusiniemi (2002) s. 354 f.; Viñuales (2021) s. 285.

<sup>81</sup> Jfr MÖD 2006:53; prop. 1997/98:45 del 2 s. 7.

<sup>82</sup> Se MÖD 2006:53; prop. 1997/98:45 del 2 s. 8; prop. 2004/05:150 s. 14, 23.

<sup>83</sup> Med begränsad klimatpåverkan avses målet att stabilisera halten växthusgaser i atmosfären på en nivå som innebär att människans påverkan på klimatsystemet inte bli farlig, se SOU 2021:21 s. 80 och prop. 2008/09:162 s. 27 f.

<sup>84</sup> Se prop. 2009/10:155 s. 20.

<sup>85</sup> Se MÖD 2009:48.

<sup>86</sup> Se bland annat 1 kap. 2 § RF, 1 kap. 1 § PBL och art. 3.3 FEU; Ebbesson (2021) s. 18; Michanek & Zetterberg (2021) s. 35.

När verksamheter prövas enligt miljöbalken ska intresset av att främja en hållbar utveckling beaktas.<sup>87</sup> Målbestämmelsen i 1 kap. 1 § MB har dock störst betydelse vid tillämpning av regler som innehåller moment av skönsmässiga bedömningar, typiskt sett vid tillämpningen av 2–4 kap. MB.<sup>88</sup> Betydelsen av miljöbalkens syfte att främja en hållbar utveckling uppmärksammas därför även i samband med redogörelsen för tillståndsprövningen i avsnitten 2.2.4 och 2.2.5.

Möjligheten att tillämpa miljöbalkens regler på ett sätt som främjar en hållbar utveckling kan motverkas av miljöbalkens egna regler och gränser för hur långt dessa kan tolkas.<sup>89</sup> Till exempel kan prövningsmyndighetens möjlighet att ställa krav på skyddsåtgärder med hänsyn till miljön begränsas av 2 kap. 7 § MB som anger att miljökrav som är orimliga att uppfylla inte kan ställas. Ett annat exempel är den begränsade möjligheten att enligt 24 kap. 5 § MB omformulera villkor som gäller för en redan tillståndsgiven verksamhet trots att det kan anses nödvändigt ur miljösynpunkt. Principer som proportionalitet- och likhetsprincipen kan också motverka möjligheten att i det enskilda fallet säkerställa en utveckling som är hållbar.<sup>90</sup> Principer och regler som motverkar en hållbar utveckling kan beskrivas som kontraproduktiva element.<sup>91</sup>

Sammanfattningsvis konstateras att eftersom syftet att främja en hållbar utveckling ska präglade all tillämpning av miljöbalken borde syftet ha viss betydelse för hur reglerna som aktualiseras vid konkurrens om att utvinna förnybar energi på allmänt vattenområde ska tolkas vid tillståndsprövningen.<sup>92</sup> Det är emellertid inte, utifrån redogörelsen ovan, klarlagt vilket utrymme som de regler som aktualiseras vid konkurrens faktiskt ger åt överväganden avseende hållbar utveckling i det enskilda fallet.<sup>93</sup> Möjligheten att vid tillståndsprövningen säkerställa en användning av det allmänna vattenområdet som är förenlig med miljöbalkens syfte uppmärksammas fortlöpande i uppsatsen och sammanställs i kapitel 4.

---

<sup>87</sup> Se 1 kap. 1 § MB; MÖD 2006:53; MÖD 2010:38; prop. 1997/98:45 del 1 s. 166, 171; Ebbesson (2021) s. 74 f.; Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 67.

<sup>88</sup> Se Michanek & Zetterberg (2021) s. 103 f.; jfr bland annat MÖD 2005:66 och MÖD 2010:38.

<sup>89</sup> Se Ebbesson (2021) s. 75; Michanek & Zetterberg (2021) s. 104 f. – I doktrin uppmärksammas att miljöbalkens egna regler kan motverka möjligheten att främja en hållbar utveckling. Att undvika att tillämpa en regel endast för att regeln motverkar en hållbar utveckling skulle strida mot legalitetsprincipen enligt 1 kap. 1 § RF.

<sup>90</sup> Jfr Kuusiniemi (2002) s. 361; jfr även Michanek & Zetterberg (2021) s. 36 ff. och där fördiskussion om äganderättens och proportionalitetsprincipens betydelse för genomförandet av svensk miljörettslagstiftning.

<sup>91</sup> Se Högberg (1993) s. 210 ff.

<sup>92</sup> Se MÖD 2010:38 – Mark- och miljööverdomstolen har uttryckligen angett att förnybar energi kan bidra till att uppnå miljöbalkens syfte om att främja en hållbar utveckling.

<sup>93</sup> Jfr Ebbesson (2021) s. 75.

## 2.2 Etablering av energianläggningar inom allmänt vattenområde

### 2.2.1 Allmänt vattenområde

Av lagen (2017:1272) om Sveriges sjöterritorium och maritima zoner följer att vattenområdet utanför Sveriges kust är indelat i olika områden. Ett sådant område är territorialhavet.<sup>94</sup> Vattenområdet inom territorialhavet är i sin tur antingen enskilt eller allmänt.<sup>95</sup> Gränsen mellan enskilt vatten respektive allmänt vatten bestäms genom lagen (1950:595) om gräns mot allmänt vattenområde. Till skillnad från enskilt vatten, vatten som tillhör enskilda fastigheter, ingår inte allmänt vattenområde i fastighetsindelningen och utgör inte en fastighet i jordabalkens mening.<sup>96</sup> Enligt lagens första paragraf är vattenområdena i havet, Väneren, Vättern, Hjälmaren och Storsjön i Jämtland allmänt vatten, om det inte är enskilt vatten på grund av att det hör till fastigheter. Till fastigheterna hör enligt huvudregeln i 2 § lagen om gräns mot allmänt vattenområde:

1. allt vatten inom 300 meter från strandlinjen på fastlandet eller från strandlinjen på en minst 100 meter lång ö,
2. allt vatten inom den längs stranden följande kurvan för högst tre meters djup, om kurvan går längre ut än det som följer av 1, och
3. allt vatten som har förbindelse med öppet vatten endast över sådant vatten som omfattas av 1 eller 2.

Det saknas en samlad redogörelse över vilka verksamheter som bedrivs på det allmänna vattenområdet och vem som har rätt att nyttja området.<sup>97</sup> Området har dock sedan lång tid tillbaka använts för olika verksamheter, däribland fiske, sjöfart, dumpning av avfall och på senare tid havsbaserad vindkraft.<sup>98</sup> Tidigare tog staten ut en allmän avgift för nyttjandet av områdena. Avgiftsskyldigheten togs bort för drygt tio år och sedan dess slipper projektörer som avser att använda det allmänna vattenområdet betala de kostnader som ofta är förenade med ett förvärv eller avtal om nyttjande av annans mark- eller vattenområde.<sup>99</sup> Skyldigheten för projektörer att utge ersättning till staten togs bort eftersom det var tveksamt på vilken rättslig grund en sådan avgift kunde krävas. Behovet av att återinföra avgiftsskyldigheten för att garantera ett hållbart nyttjande av det allmänna vattenområdet har diskuterats. Ett återförande har dock inte ansetts möjligt

---

<sup>94</sup> Se 1, 3 §§ lagen om Sveriges sjöterritorium och maritima zoner.

<sup>95</sup> Se 1–2 §§ lagen om gräns mot allmänt vattenområde.

<sup>96</sup> Se 1 kap. 1–2 §§ JB; lagen om gräns mot allmänt vattenområde; jfr 14 kap. 4 § fastighetsbildningslagen (1970:988) – Av bestämmelsen följer att fastighetsbestämmningsbeslut som rör omfattningen av allmänt vattenområde är utan verkan, i den mån det senare visas att det avviker från vad som föreskrivs i lag.

<sup>97</sup> Se SOU 2015:10 s. 413, 423.

<sup>98</sup> Se Bergström (1957) s. 5; SOU 2015:10 s. 419 f.

<sup>99</sup> Jfr SOU 2015:10 s. 18, 426 f.; En annan sak är att avtal ändå kan behöva slutas med enskilda fastighetsägare, till exempel för ledningsdragning från anläggningen in till land.

förrän äganderätten till området är utredd.<sup>100</sup> Frågan om rätten till allmänt vattenområde kommer diskuteras närmare i avsnitt 2.3.2.

## 2.2.2 Etableringsprocessen

För att en projektör ska kunna etablera en anläggning för utvinning av förnybar energi inom territorialhavet, oavsett om etableringen sker på enskilt eller allmänt vatten, förutsätts att projektören har sökt och beviljats tillstånd enligt miljöbalken. Statens rätt att genom miljöbalken reglera användningen av det allmänna vattenområdet är inte ifrågasatt och gäller oavsett hur man ser på äganderätten till området.<sup>101</sup>

Nedan redogör uppsatsen för tillståndsprocessen och tillståndsprövningen vid etablering av en anläggning för utvinning av förnybar energi inom allmänt vattenområde. Redogörelsen i avsnitt 2.2.3 av tillståndsprocessen gör inte anspråk på att vara uttömmande men avser att identifiera de grundläggande krav som ställs på förfarandet vid prövningen av en tillståndsansökan och de regler som kan ha betydelse för prövning av konkurrerande anspråk inom ett vattenområde.<sup>102</sup> Med samma utgångspunkt beskriver avsnitt 2.2.4 tillståndsprövningen och regler av betydelse för om en verksamhet kan tillåtas eller inte. Avslutningsvis uppmärksammar avsnitt 2.2.5 betydelsen av att områden pekats ut lämpliga för utvinning av förnybar energi och betydelsen av miljöbalkens regler som avser att säkerställa en god hushållning med mark- och vattenområdena.

## 2.2.3 Tillståndsprocessen

Två nyckelbegrepp av betydelse för att avgöra vilka tillstånd som uppförandet av en havsbaserad energianläggning kräver enligt miljöbalken är miljöfarlig verksamhet respektive vattenverksamhet.<sup>103</sup> Miljöfarlig verksamhet definieras i 9 kap. 1 § MB som användning av fast egendom eller fasta anläggningar som kan innebära utsläpp till mark, luft eller vatten eller annan olägenhet för människors hälsa eller miljön. Huruvida tillstånd krävs för den miljöfarliga verksamheten bestäms i det enskilda fallet och i första hand med stöd av miljöprövningsförordningen (2013:251).<sup>104</sup> Av förordningen framgår, utöver vilka verksamheter som är tillståndspliktiga, vilket organ som prövar respektive verksamhet. Verksamheter med stor omgivningspåverkan prövas i regel vid länsstyrelse eller mark- och

---

<sup>100</sup> Se SOU 2010:15 s. 426; SOU 2010:91 s. 224; Michanek (1990) s. 514.

<sup>101</sup> Se prop. 2013/14:186 s. 15, 16; SOU 2010:91 s. 225.

<sup>102</sup> För en vidare redogörelsen för tillståndsprocessen i ansökningsmål hänvisas till Lindblom (2001) och Lindblom (2002) i Miljöprocess del 1 respektive del 2.

<sup>103</sup> Jfr Michanek & Zetterberg (2021) s. 292, 346.

<sup>104</sup> Se 9 kap. 6 § MB; se även 9 kap. 6 a, 6 b §§ MB –Tillsynsmyndigheten kan i det enskilda fallet, även om verksamheten inte räknas upp i förordningen, besluta om att förelägga den som avser bedriva en verksamhet att ansöka om tillstånd. Vidare kan den som avser att bedriva en miljöfarlig verksamhet välja att själv ansöka om tillstånd.

miljödomstol.<sup>105</sup> Vattenverksamhet definieras i 11 kap. 3 § MB och kan generellt beskrivas som olika åtgärder som genomförs i vattenområdet, däribland uppförande av anläggningar i ett vattenområde.<sup>106</sup>

Vattenverksamhet är som huvudregel tillståndspliktig och en ansökan om tillstånd för vattenverksamhet prövas i regel av mark- och miljödomstol som första instans.<sup>107</sup>

De flesta havsbaserade energianläggningar för utvinning av förnybar energi kommer med hänsyn till anläggningarnas påverkan på människors hälsa och miljön och utifrån definitionerna ovan, med all sannolikhet, vara både miljöfarlig verksamhet och vattenverksamhet samt förutsätta tillstånd enligt både 9 kap. och 11 kap. MB, alternativt endast 11 kap. MB.<sup>108</sup> Uppförandet av en större vindkraftsanläggning till havs kräver till exempel tillstånd enligt 9 kap. MB för användning av själva vindkraftsanläggningen och enligt 11 kap. MB för arbete i vattenområdet i form av pålning och uppförande av fundament.<sup>109</sup> För att undvika att projektörer behöver ansöka om tillstånd vid olika instanser och för att samordna prövningen av en anläggnings miljöpåverkan sker prövning som utgångspunkt i sin helhet vid en mark- och miljödomstol. Detta även om miljöprövningsförordningen till exempel pekar ut länsstyrelsen som prövningsinstans avseende den del av verksamheten som utgör miljöfarlig verksamhet.<sup>110</sup>

Regelverket som styr processen vid prövningen av en ansökan om tillstånd enligt 9 kap. och 11 kap. MB är utformat mot bakgrund av intresset av att skapa en rättssäker, förutsägbar och effektiv prövning.<sup>111</sup> Att upprätthålla dessa intressen torde vara viktigt för att den som ansöker om tillstånd enligt miljöbalken ska ha en rimlig möjlighet att förutsäga vilka risker denne tar när ett nytt tillståndsprojekt inleds.<sup>112</sup> Att tillståndsprocessen för förnybar energi ska vara effektiv, enkel och snabb framgår även av art. 15 och art. 16 förnybarhetsdirektivet. Vidare framgår av direktivet att medlemsstaterna ska säkerställa att tillståndsprocessen för anläggningar för förnybar energi är

---

<sup>105</sup> Se 9 kap. 6 § MB; 1 kap. 3, 6, 10 §§ miljöprövningsförordningen.

<sup>106</sup> Se närmare uppräknings i 11 kap. 3 § MB.

<sup>107</sup> Se 11 kap. 9, 9 b § MB. Det finns flera undantag från tillståndsplikten, däribland 11 kap. 11–12 §§ MB som föreskriver undantag för vissa typer av verksamheter, till exempel odling av fisk och verksamheter som kan bedrivas på ett sådant sätt att det är uppenbart att varken enskilda eller allmänna intressen skadas. För utförligare beskrivning se Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 103 ff. och Michanek & Zetterberg (2021) s. 349 ff.

<sup>108</sup> Havsbaserad vindkraft har i praxis prövats enligt både 9 kap. och 11 kap. MB, se bland annat MÖD 2009:48, Mark- och miljööverdomstolens domar den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14 och den 17 november 2017 i mål nr M 8189-16. Ansökan om tillstånd för etablering av mindre vågkraftverk godkändes med stöd av endast 11 kap. MB i Mark- och miljödomstolens dom vid Vänersborg Tingsrätt den 28 oktober 2014 i mål nr M 4658-13.

<sup>109</sup> Se 9 kap. 1, 6 §§ MB med hänvisning till 21 kap. 13–15 §§ miljöprövningsförordningen och 11 kap. 3, 9 §§ MB.

<sup>110</sup> Se 21 kap. 1, 3 §§ MB; 7 § miljöprövningsförordningen; Mark- och miljööverdomstolens domar den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14 och den 17 november 2017 i mål nr M 8189-16; Ebbesson (2021) s. 126.

<sup>111</sup> Se SOU 2021:53 s. 95 f.; prop. 2020/21:104 s. 13 f.; prop. 2016/17:95 s. 7, 19.

<sup>112</sup> Se MÖD 2009:32; MÖD 2013:39.

proportionell, nödvändig och bidrar till tillämpningen av principen om energieffektivitet först.<sup>113</sup> Enligt principen om energieffektivitet först ska största möjliga hänsyn tas till alternativa kostnadseffektiva energieffektivitetsåtgärder till förmån för bland annat effektivare energiförsörjning, överföring och distribution av energi vid tillståndsprovningen.<sup>114</sup> Av EU-kommissionens rekommendation framgår att principen måste tillämpas proportionerligt med beaktande av provningens sammanhang, målen med provningen och övriga effekter av ett meddelat tillstånd.<sup>115</sup>

Rättegångsbalkens tvistemålsregler styr tillståndsprocessen vid ansökan om uppförande av anläggning för havsbaserad förnybar energi om inte annat följer av lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar eller annan lag.<sup>116</sup> I miljöbalken finns till exempel särskilda regler för ansökningsmålen i 22–23 kap. MB och särskilda regler för vissa måltyper i till exempel lagen med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet. Högsta domstolen poängterade i NJA 2010 s. 690 att reglerna som styr tillståndsprocessen inte ska tolkas alltför restriktivt mot bakgrund av att tillståndsprovningen bygger på en avvägning mellan olika intressen.<sup>117</sup>

Det är projektören som genom sin ansökan anger ramarna för tillståndsprovningen men det är domstolens ansvar att, inom ramen för sin utredningsskyldighet, se till att provningen får en sådan omfattning att relevanta miljömässiga konsekvenser kan beaktas och att nödvändiga villkor kan föreskrivas.<sup>118</sup> Att provningen avgränsas på ett ändamålsenligt sätt är även viktigt för att en provning i enlighet med miljöbalkens syfte ska möjliggöras.<sup>119</sup> Om ansökan inte är lämpligt avgränsad eller inte omfattar all den miljöpåverkan som verksamheten ger upphov till kan ansökan inte ligga till grund för provningen. Domstolen ska därför avvisa en sådan ansökan om inte sökanden utvidgar eller ändrar sin ansökan.<sup>120</sup> Förhållandet mellan vad som kan beskrivas som sökandens dispositionsfrihet och domstolens utredningsskyldighet är sällan helt självklar och skulle kunna påverka

---

<sup>113</sup> Se art. 15 förnybarhetsdirektivet.

<sup>114</sup> Se art. 2.18 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/1999 av den 11 december 2018 om styrningen av energiunionen och av klimatåtgärder. Energieffektivitet i sig definieras i art. 2.4 Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/27/EU av den 25 oktober 2012 om energieffektivitet som förhållandet mellan produktionen av prestanda, tjänster, varor eller energi och insatsen av energi.

<sup>115</sup> Se KOM(2021) slutlig 7014 av den 28 september 2021 s. 4.

<sup>116</sup> Se 4 kap. 1 § lagen om mark- och miljödomstolar; prop. 2009/10:215 s. 154 f.

<sup>117</sup> Se NJA 2010 s. 690; Mark- och miljööverdomstolen dom den 14 december 2018 i mål nr M 4517-17.

<sup>118</sup> Se 22 kap. 11 § MB; NJA 2004 s. 590; NJA 2009 s. 321; Mark- och miljööverdomstolen dom den 17 november 2017 i mål nr M 8189-16.

<sup>119</sup> Se MÖD 2006:6; Mark- och miljööverdomstolen dom den 17 november 2017 i mål nr M 8189-16.

<sup>120</sup> Jfr MÖD 2011:51; Mark- och miljööverdomstolen dom den 17 november 2017 i mål nr M 8189-16 – I målet uttalade domstolen att fastställandet av en ansökans omfattning i första hand inte prövas utifrån 13 kap. 3 § RB utan genom en bedömning av om miljökonsekvensbeskrivningen och samrådsförfarandet uppfyller miljöbalkens krav.

domstolens möjlighet att pröva flera verksamheter samtidigt.<sup>121</sup> Förhållandet kommer uppmärksammas närmare i avsnitt 3.3.3.

En förutsättning för att en ansökan om tillstånd enligt 9 kap. och 11 kap. MB ska tas upp till prövning är att en erforderlig miljöbedömning ligger till grund för projektörens ansökan. En tillståndsprövning ska därför i regel föregås av ett samråd med berörda intressenter och författande av en miljökonsekvensbeskrivning.<sup>122</sup> Som tidigare uppmärksammats i sektion 1.1 gäller en ytterligare förutsättning för att domstolen ska pröva en ansökan om tillstånd för vattenverksamhet enligt 11 kap. MB. Projektören måste ha rådighet över vattnet inom det vattenområde som verksamheten ska bedrivas.<sup>123</sup> Om en ansökan omfattar tillstånd för både miljöfarlig verksamhet och vattenverksamhet gäller rådighetskravet rimligen som processförutsättning för hela ansökan. En annan ordning skulle nämligen kunna omöjliggöra en samlad prövning av verksamhetens negativa påverkan på omgivningen.<sup>124</sup> Kravet på rådighetsmedgivande som en processförutsättning utreds närmare i sektion 2.3.

För att domstolen ska bevilja ett tillstånd för havsbaserad vindkraft inom allmänt vattenområde förutsätts även att den kommun där anläggningen ska uppföras har tillstyrkt anläggningen i enlighet med 16 kap. 4 § MB.

I ansökningsmålen uppträder sökanden i regel som ensam part.<sup>125</sup> Endast under vissa förutsättningar är det möjligt att kumulera mål, det vill säga handlägga flera ansökningar gemensamt och företa dessa till avgörande samtidigt, med stöd av 14 kap. 1–7 §§ RB eller 21 kap. 3 § MB.<sup>126</sup> Möjligheten att kumulera ansökningsmål ska som utgångspunkt skiljas från en samordnad materiell prövning som kan bli aktuellt när flera verksamheter konkurrerar om samma resurs.<sup>127</sup> Möjligheten att samordna den materiella prövningen när konkurrens föreligger kommer att diskuteras i avsnitt 3.3.3. Redan nu ska dock uppmärksammas att det i doktrin och förarbeten har argumenterats för att en förutsättning för att kunna samordna den materiella prövningen är att målen kumulerats enligt 21 kap. 3 § MB.<sup>128</sup> För att kunna utreda möjligheten att samordna den materiella prövningen fastställs därför förutsättningar för kumulation nedan.

---

<sup>121</sup> Jfr MÖD 2006:6; prop. 2004/05:129 s. 63; Rubenson (2021) s. 205.

<sup>122</sup> Se 6 kap. 20–47 §§ MB; NJA 2008 s. 748.

<sup>123</sup> Jfr 11 kap. 1 § MB; 2 kap. 1 § LSV; se närmare avsnitt 2.3.4.

<sup>124</sup> Jfr MÖD 2006:6; prop. 1997/98:45 del 1 s. 171; Ebbesson (2021) s. 126.

<sup>125</sup> Jfr Mark- och miljööverdomstolen dom den 20 juni 2016 i mål nr M 9326-15; Lindblom (2002) s. 650 f.; Även om ansökningsmålen inte består av ett traditionellt tvåpartsförfarande finns möjligheter för vissa andra intressenter att göra sin röst hörd under tillståndsprocessen enligt 22 kap. 5–9 §§ MB.

<sup>126</sup> Se 21 kap. 3 § MB.

<sup>127</sup> Jfr Lindblom (2001) s. 72; se även Mark- och miljööverdomstolens dom den 19 december 2013 i mål nr M 6740-12.

<sup>128</sup> Se närmare avsnitt 3.3.3.2 med hänvisning till bland annat prop. 1997/98:45 s. 211 och Kruse, Miljöbalken (1998:808) 16 kap. 11 §, Karnov (JUNO) (besökt 2021-10-10).

Av betydelse för ansökningsmålen är sannolikt 14 kap. 6 § RB, så kallad fakultativ kumulation, som anger att mål mellan samma eller olika parter får handläggas i en rättegång om det är till fördel för utredningen.<sup>129</sup> En fördel med att handlägga flera mål i en rättegång är att det kan underlätta för domstolens samlade prövning av miljöpåverkan från flera verksamheter. Det är upp till domstolen att i det enskilda fallet besluta om det är lämpligt att kumulera mål med hänsyn till eventuella processekonomiska fördelar. Domstolen bör dock beakta parternas inställning till kumulation.<sup>130</sup>

Enligt 21 kap. 3 § MB får en mark- och miljödomstol, även i annat fall än som avses i bestämmelserna i rättegångsbalken, kumulera mål om målen har samma sökande och avser samma verksamhet eller verksamheter som har samband med varandra. Domstolen har i MÖD 2011:41 förtydligat att det inte är möjligt att med stöd av miljöbalken handlägga flera mål i en och samma rättegång när ansökningarna avser olika projektörer.<sup>131</sup> Vilken betydelse domstolens förtydligande i målet har för möjligheten att vid ansökningsmål, med stöd av 14 kap. 6 § RB, kumulera mål med olika projektörer är oklar. Eftersom 21 kap. 3 § MB enligt sin ordalydelse utgör en ytterligare möjlighet att kumulera mål i förhållande till rättegångsbalken vore det märkligt om 21 kap. 3 § MB begränsade tillämpningsområdet av 14 kap. 6 § RB.<sup>132</sup> Det är dessutom enligt ordalydelsen i 14 kap. 6 § RB inte uteslutet att kumulera flera mål trots att ansökningsmålen rör olika projektörer.

## 2.2.4 Tillståndsprövningen

För att en anläggning för havsbaserad förnybar energi ska erhålla tillstånd krävs att vissa förutsättningar är uppfyllda. Oavsett om tillståndskravet följer av 9 kap., 11 kap. MB eller av båda kapitlen ska vid tillståndsprövningen fastställas om verksamheten kan tillåtas på ansökt plats och i så fall med vilka villkor eller om verksamheten medför en sådan påverkan på omgivningen att den inte ska anses tillåten.<sup>133</sup> Prövningen tar sin utgångspunkt i miljöbalkens syfte i 1 kap. 1 § MB och hänsynsreglerna i 2 kap. MB.<sup>134</sup> Bedömningen av verksamhetens betydelse för människors hälsa och miljön omfattar den sammanlagda påverkan under såväl

---

<sup>129</sup> Se Ekelöf (1996) s. 206.

<sup>130</sup> Se Ekelöf (1996) s. 206.

<sup>131</sup> Se MÖD 2011:41; Mark- och miljööverdomstolen dom den 21 april 2008 i mål nr M 3160-08.

<sup>132</sup> Jfr 4 kap. 1 § lagen om mark- och miljödomstolar.

<sup>133</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen dom den 17 november 2017 i mål nr M 8189-16; MÖD 2006:6; Rubensson (2021) s. 204.

<sup>134</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen dom den 24 april 2018 i mål nr M 6419-16; Mark- och miljööverdomstolen dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14; Michanek & Zetterberg (2021) s. 304, 352, 421.

anläggningens anläggningsskede som driftskede.<sup>135</sup> För vattenverksamhet gäller ytterligare miljökrav, däribland 11 kap. 7 § MB som stadgar att hänsyn i vissa fall ska tas till framtida verksamheter och 11 kap. 8 § MB som föreskriver att den som avser bedriva en verksamhet som kan skada fisket är skyldig att vidta särskilda skyddsåtgärder. Innehållet i 11 kap. 7–8 §§ MB kan sägas precisera innebörden av 2 kap. MB vid prövning av en vattenverksamhet.<sup>136</sup>

Det är projektören som enligt 2 kap. MB bland annat ska visa att verksamheten dels lokaliseras till en plats där ändamålet med verksamheten kan uppnås med minsta möjliga olägenhet för människors hälsa och miljön, dels att verksamheten bedrivs med nödvändiga anpassningar för att begränsa den negativa påverkan på omgivningen.<sup>137</sup> Projektören är därigenom bland annat skyldig att visa att det saknas andra mer lämpliga lokaliseringar av verksamheten ur miljösynpunkt.<sup>138</sup> Vid prövningen av verksamhetens lokalisering aktualiseras även 3–4 kap. MB som ger ledning för hur olika motstående markanvändningsintressen ska vägas mot varandra.<sup>139</sup> Vilka motstående intressen som i övrigt är relevanta att beakta bestäms i det enskilda fallet, främst utifrån förhållande till omgivningen och den aktuella verksamhetens omfattning.<sup>140</sup> Även den statliga och kommunala planeringen av vattenområden får betydelse.<sup>141</sup> Avsnitt 2.2.5 kommer redogöra för betydelsen av 3–4 kap. MB.

Tillståndsprövningen utgår från den enskilda anläggningens påverkan på omgivningen.<sup>142</sup> Det kan inte direkt utläsas av hänsynsreglerna hur tillståndsprövningen påverkas av att det råder konkurrens mellan flera aktörer som önskar bedriva samma typ av verksamhet. Hänsynsreglernas betydelse för frågan om konkurrens och betydelsen av 11 kap. 7 § MB kommer diskuteras i sektion 3.3.

## 2.2.5 Lämplig användning av vattenområden

Platsen för etablering av en anläggning för havsbaserad förnybar energi är mycket viktig eftersom gynnsamma vind- och vattenförhållanden är en förutsättning för att projektören på ett effektivt sätt ska kunna utvinna energi

---

<sup>135</sup> Se 1 kap. 1 § MB; Mark- och miljööverdomstolen dom den 10 november 2009 i mål nr M 5960-08; Mark- och miljööverdomstolen dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14; Mark- och miljööverdomstolen dom den 5 april 2018 i mål nr M 10984-16.

<sup>136</sup> Se Rubenson (2021) s. 157; Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 72.

<sup>137</sup> Se 2 kap. 1, 3, 6 §§ MB.

<sup>138</sup> Jfr MÖD 2009:48 – Det har i praxis konstaterats att kravet på redogörelser för alternativa platser gäller för havsbaserad vindkraft trots att verksamheten är lägesbunden.

<sup>139</sup> Se 2 kap. 6 § andra stycket MB; prop. 1997/98:45 del 1 s. 219; MÖD 2019:5; MÖD 2009:48.

<sup>140</sup> Se Bengtsson (2018) s. 34 ff.

<sup>141</sup> Se 4 kap. 10 § MB. 2 kap. 6 § tredje stycket MB – Tillstånd får inte ges till en verksamhet som står i strid med tillämpliga plan- eller områdesbestämmelser.

<sup>142</sup> Se 2–4 kap. MB.

inom ett vattenområde.<sup>143</sup> För att säkerställa att områden som är lämpliga för produktion av förnybar energi verkligen kan nyttjas för energiproduktion finns incitament att reservera områden som lämpliga för utbyggnad av förnybar energi.<sup>144</sup> Utöver att allmänna vattenområden som är lämpliga för energiproduktion åtnjuter visst generellt skydd enligt 3 kap. 8 § MB kan havsområden utpekats som lämpliga för utvinning av förnybar energi genom kommunal planering av vattenområdena inom kommunen<sup>145</sup>, genom statlig planering av havsområdena<sup>146</sup> eller genom att Energimyndigheten pekar ut områden som riksintresse för energiproduktion<sup>147</sup>.

I Sverige tillämpas inget utlysningförfarande som anger i vilka områden anläggningar för förnybar energi får placeras. Ett sådant förfarande används till exempel i Danmark. Det är istället projektören som bestämmer vart anläggningen för förnybar energi ska uppföras, vilket också innebär att konkurrens om samma områden kan uppkomma.<sup>148</sup> För att öka utsikterna för ett beviljat tillstånd bör projektörerna hålla sig till de områden som utpekats som lämpliga för utvinning av förnybar energi.<sup>149</sup> Intresset av att nyttja områden som har utpekats som lämpliga för energiproduktion torde därför vara större än intresset av att nyttja övriga områden.

I 3–4 kap. MB återfinns miljöbalkens hushållningsbestämmelser som aktualiseras vid prövning av ändrad mark- och vattenanvändning.<sup>150</sup> Bestämmelserna är ett uttryck för lagstiftarens vilja att reglera hur avvägningen mellan konkurrerande anspråk på användningen av mark- och vattenområden ska göras.<sup>151</sup> I 3 kap. 1 § MB återfinns den grundläggande avvägningsregeln.<sup>152</sup> Enligt bestämmelsen ska områden användas för det eller de ändamål för vilka områden är mest lämpade med hänsyn till beskaffenhet och läge samt föreliggande behov. Med föreliggande behov avses såväl intresset av att skydda den pågående användningen av området

---

<sup>143</sup> Se MÖD 2009:48; SOU 2021:53 s. 89 f.; Michanek (1990) s. 560; jfr även Energimyndigheten (2017) s. 6, 20 ff.

<sup>144</sup> Se Energimyndigheten (2017) s. 3, 54; Van Hende (2015) s. 30.

<sup>145</sup> Se 3 kap. 1–2 §§ PBL – Kommunen kan genom översiktsplanering peka ut vattenområden som lämpliga för havsbaserad vindkraft. Kommunen kan även genom detaljplaner styra användningen av vattenområdena inom kommunen enligt 4 kap. 1 § PBL.

<sup>146</sup> Se 4 kap. 10 § MB och havsplaneringsförordningen (2015:400) – För vart och ett av havsområdena Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet ska det finnas en havsplan beslutad av regeringen.

<sup>147</sup> Se 3 kap. 8 § MB och 2 § förordningen (1998:896) om hushållning med mark- och vattenområde – Energimyndigheten pekar ut områden som lämpliga för energiproduktion.

<sup>148</sup> Se SOU 2021:53 s. 89 f.

<sup>149</sup> Se SOU 2021:53 s. 89 f. Angående den vägledande betydelsen av område utpekade som riksintresse, se 3 kap. 8 § MB och MÖD 2010:38. Angående den vägledande betydelsen av havsplaner, se 4 kap. 10 § MB och havsplaneringsförordningen (2015:400). Angående den vägledande betydelsen av den kommunala översiktsplaneringen se MÖD 2009:48.

<sup>150</sup> Se 2 kap. 6 § andra stycket MB.

<sup>151</sup> Se Rubenson (2021) s. 64 f.; Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 74.

<sup>152</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen dom den 5 april 2018 i mål nr M 10984-16. Se även 3 kap. 10 § MB som med liknande skrivning reglerar avvägning mellan motstående riksintresse.

som intresset av att bevara området för ett framtida nyttjande.<sup>153</sup> Möjligheten att använda ett område för flera olika verksamheter ska också utredas vid en avvägning enligt 3 kap. 1 § MB.<sup>154</sup> För att möjliggöra för en delad användning av ett område kan krävas att verksamheten omlokaliseras inom området eller att villkor om skyddsåtgärd tillförs ett eventuellt tillstånd.<sup>155</sup>

Företräde ska enligt 3 kap. 1 § MB ges sådan användning som medför en från allmän synpunkt god hushållning. Utgångspunkten för bedömningen är miljöbalkens syfte att främja en hållbar utveckling.<sup>156</sup> Det bör även kunna beaktas att utbyggnaden av förnybar energi bidrar till Sveriges möjlighet att uppfylla EU:s klimatåtagande och Sveriges egna mål för energipolitiken.<sup>157</sup> För att fastställa den lämpligaste användningen av ett område ska hänsyn tas till de praktiska och ekonomiska konsekvenserna av en viss användning.<sup>158</sup> I MÖD 2005:66 fann domstolen att det allmänna intresset av att bygga ut vindkraften för att främja en hållbar utveckling talade för att bevilja tillstånd på området vid en avvägning enligt 3 kap. MB. Tillstånd meddelades därför efter att domstolen fastställt att de motstående markanvändningsintressen som aktualiserades i målet inte var av sådan styrka att de utgjorde hinder för en vindkraftsetablering.

I 3 kap. 2–9 §§ MB identifieras ett antal markanvändningsintressen, däribland yrkesfisket, energiproduktion och totalförsvaret. Områden som inhyser de identifierade intressena eller som är lämpliga för vissa ändamål ska enligt bestämmelserna åtnjuta visst generellt skydd.<sup>159</sup> Om ett område är utpekade som riksintresse för ett visst markanvändningsintresse ska området i regel åtnjuta särskild skydd vid en tillståndsprövning.<sup>160</sup> Ytterligare regler för hushållning med mark och vatten finns i 4 kap. 2–8 §§ MB som gäller för vissa geografiskt utpekade områden i landet, däribland vissa kust- och fjällområden.<sup>161</sup> Att ett område åtnjuter skydd enligt 3 kap. och 4 kap. MB har även betydelse för avvägningen enligt 3 kap. 1 § MB och för att

---

<sup>153</sup> Se prop. 1985/86:3 s. 154; prop. 1997/98:45 del 2 s. 29.

<sup>154</sup> Se prop. 1985/86:3 s. 47, 154; prop. 1997/98:45 del 2 s. 30.

<sup>155</sup> Jfr prop. 1985/86:3 s. 154; Mark- och miljööverdomstolen dom den 17 november 2016 i mål nr M 3129-16; Mark- och miljööverdomstolen dom den 5 april 2018 i mål nr M 10984-16.

<sup>156</sup> Se prop. 1997/98:45 del 2 s. 30.

<sup>157</sup> Se MÖD 2005:66; MÖD 2009:48; prop. 1997/98:45 del 1 s. 171.

<sup>158</sup> Se prop. 1985/86:3 s. 47, 154; prop. 1997/98:45 del 2 s. 29 f.

<sup>159</sup> Se MÖD 2009:48; MÖD 2010:38; Mark- och miljööverdomstolen dom den 5 april 2018 i mål nr M 10984-16.

<sup>160</sup> Se 3 kap. 2–9 §§ MB. Områden som av vissa sektorsmyndigheter, däribland Naturvårdsverket och Energimyndigheten, bedöms som särskilt skyddsvärda eller intressanta för viss användning pekas ut som riksintresse, se 2 § förordningen (1998:896) om hushållning med mark- och vattenområden. Utpekandena är inte rättsligt bindande utan en självständig prövning av områdets ställning som riksintresse görs inom ramen för tillståndsprövningen, se prop. 1997/98:45 del 1 s. 242 och Mark- och miljööverdomstolen dom den 8 maj 2017 i mål nr M 5329-16.

<sup>161</sup> Se 4 kap. 1 § MB för det generella skyddet och 4 kap. 2–8 §§ MB för skyddet avseende varje specifikt område.

domstolen ska kunna fastställa vilken markanvändning som är den mest lämpliga från allmän synpunkt.<sup>162</sup>

Bestämmelserna i 3–4 kap. MB ger sammanfattningsvis vägledning för hur domstolen ska väga motstående intressen mot varandra vid en tillståndsprövning. Vid en avvägning mellan till exempel intresset av energiproduktion mot försvarsintresset ska domstolen enligt 3 kap. 1 § MB pröva vilket ändamål som området är mest lämpligt för med hänsyn till områdets beskaffenhet, läge och föreliggande behov. Vid avvägningen ska även hänsyn tas till om området är utpekad som riksintresse för något ändamål.<sup>163</sup> I 3–4 kap. MB saknas dock klar anvisning för hur en avvägning ska göras inom ett och samma skyddsintresse, följaktligen när flera projektörer önskar nyttja ett område för samma ändamål, till exempel för energiproduktion. Sektion 3.3 kommer att utreda vad som gäller i dessa fall.

## 2.3 Särskilt om rådighet på allmänt vattenområde

### 2.3.1 Rådighetskravet

Avsnitt 2.2.3 fastslår att rådighet över vattnet inom det område som anläggningen ska uppföras utgör en processförutsättning för att en ansökan om utvinning av havsbaserad förnybar energi ska tas upp till prövning. Sektion 2.3 avser att redogöra för vem som har rådighet över det allmänna vattenområdet och den närmare innebörden av rådighetskravet som processförutsättning. Ett klagande i dessa frågor är avgörande för att kunna fastställa om nuvarande regelverk hindrar domstolen från att pröva flera ansökningar om tillstånd inom samma allmänna vattenområde.

Enligt 2 kap. 1 § LSV ska den som önskar bedriva en vattenverksamhet ha rådighet över vattnet inom det område där verksamheten ska bedrivas.<sup>164</sup> Det har i förarbetena ansetts rimligt att prata om rådighet över vatten eftersom det är svårt att identifiera och individualisera ägande till något som är i rörelse.<sup>165</sup> Med rådighet över vatten avses en positiv rätt att förfoga över ett vattenområde för att tillgodogöra sig vattnet eller vidta olika åtgärder på vattenområdet. Det är följaktligen inte en negativ rätt att hindra andra från att använda ett område.<sup>166</sup> Möjligheten att nyttja den egna rådigheten

---

<sup>162</sup> Se MÖD 2010:38; MÖD 2009:48.

<sup>163</sup> Se 3 kap. 2–10 §§ MB; prop. 1997/98:45 del 2 s. 29.

<sup>164</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen dom den 21 april 2021 i mål nr M 3635-20 – Rådighetskravet gäller som huvudregel för all vattenverksamhet, oavsett om verksamheten är tillståndspliktig eller inte.

<sup>165</sup> Se prop. 1981/82:130 s. 78; SOU 1977:27 s. 127; se även Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 54 och Michanek & Zetterberg (2021) s. 349.

<sup>166</sup> Se Bengtsson (2018) s. 240; Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 55; Ebbesson (2021) s. 123.

begränsas av att allmänna eller enskilda intressen inte får skadas på ett otillåtet sätt.<sup>167</sup>

Miljörätten behandlar traditionellt sett inte frågan om vem som har rätt till ett visst område.<sup>168</sup> Kravet på rådighet enligt 2 kap. 1 § LSV utgör en kvarleva från den äldre vattenlagen (1983:291) som tillsammans med andra särskilda vattenrättsliga frågeställningar inte bedömdes passa in i miljöbalkens systematik.<sup>169</sup> Motsvarande krav på rådighet som gäller vid vattenverksamhet gäller inte vid tillståndsprövning av annan verksamhet enligt miljöbalken. Domstolen tar till exempel inte hänsyn till om en projektör har rätt till ett område när en ansökan om tillstånd för en miljöfarlig verksamhet prövas.<sup>170</sup> En annan sak är att en projektör sannolikt är mån om att en rätt till området föreligger innan omfattande resurser läggs ner på att uppföra en verksamhet på området. Avsnitt 2.3.3 kommer redogöra för syftet med rådighetskravet.

Inom enskilt vattenområde är utgångspunkten att var och en råder över det vatten som finns inom den egna fastigheten. En projektör kan även tillerkännas rådighet över enskilt vatten genom att förvärva berörd fastighet eller sluta avtal med fastighetsägaren.<sup>171</sup> Under vissa förutsättningar kan även rådighet över annans vattenområde ges tvångsvis.<sup>172</sup> Rådighet över vatten följer även i vissa fall av lag, till exempel har den som vill bedriva vattenverksamhet i form av markavvattningsautomatiskt den rådighet som behövs för att en tillståndsansökan ska prövas.<sup>173</sup>

Allmänt vattenområde ingår inte i fastighetsindelningen och den projektör som önskar bedriva en vattenverksamhet för utvinning av förnybar energi har inte en automatisk rådighet över allmänt vattenområde.<sup>174</sup> Kravet på rådighet har inom allmänt vattenområde av både myndigheter och projektörer istället tolkats som att användningen av området förutsätter att ett rådighetsmedgivande har lämnats av Kammarkollegiet i egenskap av företrädare för staten.<sup>175</sup> Tolkningen har gjorts trots att det är oklart, eller åtminstone ifrågasättbart, om staten verkligen är ägare till allmänt vattenområde eller i annan egenskap har rådighet över vattnet och därigenom har befogenheten att lämna rådighetsmedgivande.<sup>176</sup> Innan

---

<sup>167</sup> Se SOU 1977:27 s. 133; Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 55 f.; Rubenson (2021) s. 269; Michanek & Zetterberg (2021) s. 36 f.

<sup>168</sup> Se prop. 1997/98:45 del 1 s. 366.

<sup>169</sup> Se prop. 1997/98:45 del 1 s. 363, 366; Bengtsson (2018) s. 240.

<sup>170</sup> Jfr SOU 2014:35 s. 207 f.

<sup>171</sup> Se 2 kap. 2 § LSV.

<sup>172</sup> Se 2 kap. 2 § LSV och vidare i expropriationslagen (1972:719).

<sup>173</sup> Se 2 kap. 4–7 §§ LSV.

<sup>174</sup> Jfr 2 kap. 4–7 §§ LSV och 2.2.1.

<sup>175</sup> Se 2 § förordningen (2007:824) med instruktion för Kammarkollegiet; prop. 2013/14:186 s. 16. Se även närmare i avsnitt 2.3.4.

<sup>176</sup> Se Michanek (1990) s. 514 och Michanek & Zetterberg (2021) s. 346 som ifrågasätter att staten har rådighet över området. För motsatt uppfattning, se Rubenson (2021) s. 268, Bengtsson (2018) s. 282, Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 58 och Strömberg (1984) s. 35 som inte ifrågasätter att staten har rådighet över allmänt vattenområde.

rådighetskravet som processförutsättning utreds i avsnitten 2.3.3 och 2.3.4 kommer därför rätten till allmänt vattenområde diskuteras i avsnitt 2.3.2.

## 2.3.2 Rätten till allmänt vattenområde

Äganderätten till allmänt vattenområde har varit omstridd under lång tid.<sup>177</sup> Ett ökat intresse av att utvinna förnybar energi på vattenområdet aktualiserar frågan på nytt.<sup>178</sup> Med äganderätt till allmänt vattenområde avses rätten att förfoga över och upplåta rätten att nyttja grunden och tillhörande naturresurser.<sup>179</sup> Sverige saknar lagstiftning som klargör vem som har rätt att utvinna förnybar energi på allmänt vattenområde.<sup>180</sup> Sådan lagstiftning finns i Danmark och Finland. Av 3 kap. 22 § lov om fremme af vedvarende energi (nr 1392 av 27/12/2008) framgår särskilt att utvinning av vind och vatten inom sjöterritoriet och inom ekonomisk zon endast tillkommer den danska staten. Av 1 § lag om rätt till allmänna vattenområden (nr 1.4.1966/204) följer att rätten till allmänna vattenområden jämte botten är den finska statens egendom.

I Sverige finns endast särslagstiftning för utvinning inom vissa allmänna vattenområden.<sup>181</sup> Lagen (1966:314) om kontinentalsockeln är ett sådant exempel. Lagen reglerar bland annat rätten att inom allmänt vattenområde utforska kontinentalsockeln och utvinna dess naturtillgångar. Enligt 2 § kontinentalsockellagen tillkommer en rätt att utvinna och utforska kontinentalsockeln staten.<sup>182</sup> En sådan rätt till området kan regeringen upplåta till annan enligt 3 § kontinentalsockellagen. Regeringen får förena en rätt att använda kontinentalsockeln med villkor om att avgift ska betalas till staten.<sup>183</sup> Av lagen (1966:319) om rätt till sand-, grus- och stentäkt inom vissa allmänna vattenområden följer att rätten till sand-, grus- och stentäkt inom allmänt vattenområde i Väneren, Vättern, Hjälmaran och Storsjön i Jämtland tillkommer staten. Enligt kungörelsen (1966:320) om upplåtelse från staten av rätt till sand-, grus- eller stentäkt inom vissa allmänna vattenområden beslutar länsstyrelsen om en sådan upplåtelse. Ersättning ska som utgångspunkt utgå för tagandet av sand, grus eller sten inom de berörda områdena.<sup>184</sup>

---

<sup>177</sup> Se SOU 2015:10 s. 400 ff., 419 och där gjorda hänvisningar till äldre förarbeten; Michanek (1990) s. 513 f.; Michanek & Zetterberg (2021) s. 346.

<sup>178</sup> Jfr Westerlind (1958) s. 439 f. – Redan under slutet av 1950-talet uppmärksammades att ett utökat intresse av att exploatera nyttigheterna inom allmänt vattenområde ställer krav på att osäkerheten rörande områdets rättsliga status utreds.

<sup>179</sup> Innebörden av äganderätten som begrepp problematiseras ytterligare i bland annat SOU 2015:10 s. 395 och Andreasson & Dahlin (2012) s. 24 ff.

<sup>180</sup> Se Michanek (1990) s. 508, 513; Michanek & Zetterberg (2021) s. 346.

<sup>181</sup> Se Michanek (1990) s. 507 f.

<sup>182</sup> Se 1 § kontinentalsockellagen; SOU 2015:10 s. 411 – Kontinentalsockeln kan i geografiska termer beskrivas som platån mellan stranden och den branta sluttningen ned mot havsdjupen.

<sup>183</sup> Se 4 b § kontinentalsockellagen.

<sup>184</sup> Se 1 § andra stycket kungörelsen om upplåtelse från staten av rätt till sand-, grus- eller stentäkt inom vissa allmänna vattenområden.

Eftersom det allmänna vattenområdet ligger utanför enskilda fastigheter kan äganderätten till området inte tillfalla enskilda. Huvudalternativen som återstår är därför staten eller ingen.<sup>185</sup> Om staten är att anse som ägare till området innebär det att staten har ensamrätt att exploatera naturresurser på det allmänna vattenområdet eller upplåta en sådan rätt till annan.<sup>186</sup> Om äganderätten inte tillfaller staten har statens befogenheter traditionellt ansetts vara begränsade till att reglera användningen av området.<sup>187</sup>

Statens rätt till allmänt vattenområde skulle kunna härledas på olika sätt. En möjlig grund för statens äganderätt till det allmänna vattenområdet är äldre anspråk i form regalrätt till bland annat fiske och jakt inom vattenområdet. Stödet för att äganderätten kan härledas från äldre statliga anspråk har i doktrin bedömts svagt, bland annat eftersom det har ansetts svårt att översätta de äldre anspråken till en modern äganderätt.<sup>188</sup> En annan möjlig grund för statens äganderätt är en allmän rättsprincip med innebörden att all mark som inte är enskild tillhör staten.<sup>189</sup> Det har i förarbeten och doktrin framförts att det är rimligt och naturligt att äganderätten till områden som ingen enskild äger tillfaller staten.<sup>190</sup> I NJA 2003 not. 44 uttalade Högsta domstolen emellertid att det faktum att landbildningar ligger inom allmänt vattenområde inte innebär att dessa också ska redovisas som ägda av staten i en äganderättsförteckning. Uttalandet kan tolkas som att domstolen inte anser att det är självklart att staten är ägare till allmänt vattenområde.<sup>191</sup> Målet rörde en äganderättsutredning avseende ett antal skär i Oskarshamns kommun.

I förarbetena till kontinentalsockellagen uttalades att “i fråga om havsbotten innanför territorialgränsen har utredningen utgått från att äganderätten till allmänt vattenområde [...] skall genom särskild lagstiftning tillerkännas staten”.<sup>192</sup> Uttalandet har i doktrin använts som argument för att rätten till allmänt vattenområde tillkommer staten utan uttryckligt stöd i lag.<sup>193</sup> Mot bakgrund av att det då liksom nu saknas lagstiftning som tillerkänner staten en sådan äganderätt är den tolkning av förarbetsuttalandet

---

<sup>185</sup> Se Bergström (1957) s. 8 f.; Michanek (1990) s. 508; SOU 2015:10 s. 410.

<sup>186</sup> Se Bergström (1957) s. 7 f.; SOU 2015:10 s. 395.

<sup>187</sup> Se SOU 2015:10 s. 394; SOU 2010:91 s. 225; Michanek & Zetterberg (2021) s. 346; Kammarkollegiet (2010) s. 4; jfr dock prop. 2013/14:186 s. 15, 16 – Förarbetet antyder, till skillnad från vad som uttryckts i tidigare förarbeten, att staten har en dispositionsrätt över allmänt vatten.

<sup>188</sup> Se Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 54; Andreasson & Dahlin (2012) s. 44 f.; Bergström (1957) s. 37–45, 48 f. – Bergström redogör djupgående för tänkbara grunder för statens äganderätt till allmänt vattenområde. Utifrån en omfattande genomgång av historiskt material når Bergström slutsatsen att det saknas en självklar grund för statens äganderätt i historiska rättskällor. Bergströms slutsats i denna del har stöd vid senare genomgångar, se bland annat Westerlind (1958) s. 442 och Kammarkollegiet (1965) s. 24 f.

<sup>189</sup> Se Bergström (1957) s. 45 f.; jfr NJA 1981 s. 1.

<sup>190</sup> Se SOU 2008:86 s. 275; Bengtsson (2018) s. 282.

<sup>191</sup> En sådan tolkning har gjorts av Lantmäteriet, se Andreasson & Dahlin (2012) s. 44 f.

<sup>192</sup> Se prop. 1966:114 s. 48.

<sup>193</sup> Se Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 58; Strömberg (1984) s. 35.

som förespråkats av vissa i doktrin inte självklar.<sup>194</sup> Eftersom det fortfarande saknas lagstiftning som klargör statens ägande till allmänt vattenområde kan det istället argumenteras att det bör vara möjligt för var och en att nyttja området så länge tillämpligt regelverk efterlevs.<sup>195</sup>

Det har tidigare framförts att ett medgivande från Kammarkollegiet, i egenskap av företrädare för staten, anses utgöra ett krav för att en ansökan om tillstånd för utvinning av förnybar energi på allmänt vattenområde ska prövas.<sup>196</sup> Kravet på ett medgivande för att en tillståndsansökan ska prövas talar i sig för att statens ägande till det allmänna vattenområdet har accepterats. En sådan tolkning bygger dock på föreställningen att Kammarkollegiet har befogenhet, att som företrädare för staten, lämna rådighetsmedgivande och att denna befogenhet faller utanför statens generella befogenhet att reglera användningen av området.<sup>197</sup> Det har argumenterats för att staten, även utan äganderätt, i egenskap av förvaltare till allmänt vattenområde har rätt att fördela rättigheter inom vattenområdet.<sup>198</sup> I senare förarbeten har argumentet formulerats som att staten har dispositionsrätt över allmänt vatten och med stöd av denna rätt kan kräva ett rådighetsmedgivande från den som önskar nyttja allmänt vattenområde.<sup>199</sup> Den närmare innebörden av statens dispositionsrätt eller den rättsliga grunden för en sådan rätt har inte specificerats.

Trots att äganderätten till allmänt vattenområde har diskuterats i flera decennier är den enda säkra slutsats som kan dras att rättsläget fortsatt är oklart.<sup>200</sup> För att klargöra områdets status finns behov av ny lagstiftning.<sup>201</sup> Det oklara rättsläget som beskrivits ovan kan påverka rådighetsmedgivandets status som processförutsättning. Om det saknas rättsligt stöd för i vilken egenskap staten kan lämna rådighetsmedgivande – som ägare, förvaltare eller liknande – kan det hävdas att rådighetskravet som processförutsättning faller bort. Ett rådighetsmedgivande skulle därigenom aldrig kunna hindra domstolen från att pröva flera ansökningar om tillstånd inom samma allmänna område. Avsnitt 2.3.4 kommer ytterligare uppmärksamma frågan om rådighet över allmänt vattenområde.

---

<sup>194</sup> Att rätten skulle tillkomma staten utan uttryckligt stöd i lag har ifrågasatts, se Michanek & Zetterberg (2021) s. 346 och Michanek (1990) s. 513 f.; se även prop. 1953:212 s. 4 och SOU 1947:38 s. 47 – I förarbetena anges att uppfattningen att området utanför de enskilda vattenområde skulle vara statens egendom är främmande för svensk rättsåskådning.

<sup>195</sup> Se Bergström (1957) s. 47; Michanek (1990) s. 514; Andreasson & Dahlin (2012) s. 23.

<sup>196</sup> Se avsnitt 2.3.1.

<sup>197</sup> Jfr Michanek (1990) s. 508, 514.

<sup>198</sup> Se SOU 2015:10 s. 417, 423; Bergström (1957) s. 49; Andreasson & Dahlin (2012) s. 47.

<sup>199</sup> Se prop. 2013/14:186 s. 15, 16. Slutsatsen i prop. 2013/14:186 är något förvånande eftersom det i tidigare förarbeten tydligt poängterats att rättsläget oklart när det gäller statens rätt att bestämma över rätten till allmänt vattenområde, se bland annat SOU 2015:10 s. 410, SOU 2010:91 s. 225, prop. 1953:212 s. 4 och SOU 1947:38 s. 47.

<sup>200</sup> Se prop. 1953:212 s. 4; SOU 1965:66 s. 61; prop. 1966:114 s. 48; SOU 2015:10 s. 410; SOU 2010:91 s. 224; Egersten (1967) s. 219; Kammarkollegiet (2010) s. 5.

<sup>201</sup> Se Egersten (1967) s. 219.

### 2.3.3 Rådighet som processförutsättning

Rådighet över vattnet inom det område där vattenverksamheten ska bedrivas utgör en processförutsättning. Att rådighet utgör en förutsättning för att en ansökan om vattenverksamhet ska prövas följer inte uttryckligen av 2 kap. 1 § LSV men har bekräftats i praxis och förarbeten.<sup>202</sup> Om projektören inte kan visa att tillräcklig rådighet föreligger utgör det ett rättegångshinder som domstolen självmant ska beakta. En ansökan om tillstånd ska avvisas om det visar sig att tillräcklig rådighet saknas.<sup>203</sup>

När en ansökan inkommit till domstolen ska en initial bedömning göras av om de omständigheter som projektören åberopat innebär att tillräcklig rådighet föreligger.<sup>204</sup> Om omständigheterna som projektören åberopar till stöd för att rådighet finns även har betydelse för bedömningen i sak ska målet tas upp till prövning.<sup>205</sup> Frågan om rådighet ska i dessa fall hanteras och utredas av domstolen under handläggningen och inte som ett rättegångshinder. Endast under mycket speciella omständigheter, när rättsförhållandena är särskilt komplicerade på ett område, kan domstolen ha skäl att förklara målet vilande och hänvisa berörda aktörer till att lösa tvisten mellan sig.<sup>206</sup> Den omständighet att parterna väljer att inte utreda äganderätsfrågan mellan sig innebär inte att domstolen har rätt att vägra pröva frågan.<sup>207</sup> Av den så kallade ostridighetsprincipen som nämnts i förarbetena i anslutning till rådighetskravet följer att ett påstående om rådighet bör accepteras om det inte bestrids eller om de invändningar som görs mot påstående är uppenbart ogrundade.<sup>208</sup>

Syftet med rådighetskravet som processförutsättning är bland annat att skydda fastighetsägare mot att tillstånd lämnas till verksamheter som kan skada eller påverka deras rätt att nyttja den egna fastigheten.<sup>209</sup> Behovet av att skydda fastighetsägare gör sig särskilt gällande eftersom det enligt 28 kap. 10 § MB är möjligt för en projektör som ansöker om vattenverksamhet att samtidigt beviljas tvångsrätt för att kunna ianspråka en annan fastighetsägares vattenområde.<sup>210</sup> Projektörer torde också ha ett intresse av att det initialt fastställs vem som har rätt till ett område med hänsyn till de stora ekonomiska kostnader som en ansökan om vattenverksamhet kan vara förenade med.<sup>211</sup> Det kan också finnas ett intresse av att undvika att det

---

<sup>202</sup> Se bland annat NJA 1993 s. 331, NJA 2012 s. 362 och prop. 1981/82:130 s. 401.

<sup>203</sup> Se 34 kap. 1 § RB; NJA 2012 s. 362; NJA 2010 s. 246; NJA 1993 s. 331.

<sup>204</sup> Se NJA 1991 s. 704; NJA 2012 s. 362.

<sup>205</sup> Se NJA 2012 s. 362; Mark- och miljööverdomstolen dom den 29 januari 2020 i mål nr M 7480-18.

<sup>206</sup> Se NJA 1991 s. 704.

<sup>207</sup> Se NJA 1991 s. 704.

<sup>208</sup> Se SOU 1977:27 s. 134.; SOU 2009:42 s. 179.

<sup>209</sup> Se SOU 2009:42 s. 181; Ekbäck (2009) s. 939; Bengtsson (2020) s. 1.

<sup>210</sup> Se SOU 1977:27 s. 133; SOU 2009:42 s. 184.

<sup>211</sup> Se bland annat reglerna om rättegångskostnader i 25 kap. 2 § MB och ersättningsansvaret i 31 kap. 16 § MB; jfr Bengtsson (2020) s. 1.

allmännas resurser används för att pröva anläggningar som ändå inte kan uppföras på grund av bristande rätt till vattenområdet.<sup>212</sup>

Att behålla rådighetskravet förefaller sammanfattningsvis vara motiverat av att i ett tidigt skede kunna fastställa rättsförhållandena inom ett område.<sup>213</sup> Skälen för att ha kvar rådighetskravet som processförutsättning har i förarbetena bedömts som svaga och det har argumenterats för att kravet bör tas bort.<sup>214</sup> Rådighetskravet gäller endast vid prövning av vattenverksamhet och kan resultera i en ”process i processen”.<sup>215</sup> Att ta bort rådighetskravet skulle därför kunna leda till en mer effektiv och enhetlig tillståndsprocess.<sup>216</sup> Syftet med rådighetskravet har i förarbeten och doktrin endast diskuterats i förhållande till rådighet över enskilt vatten.<sup>217</sup> Det saknas dock skäl att se annorlunda på syftet med rådighetskravet på allmänt vattenområde eftersom liknande intresse av att i ett tidigt skede fastställa rättsförhållandena inom ett område gör sig gällande.

### 2.3.4 Rådighetsmedgivande från Kammarkollegiet

Av 2 § förordningen (2007:824) med instruktion för Kammarkollegiet följer att Kammarkollegiet företräder det allmänna vattenområdet i den utsträckning inte någon annan myndighet har denna uppgift. En närmare beskrivning av innebörden av Kammarkollegiets befogenheter på det allmänna vattenområdet saknas.<sup>218</sup> Bestämmelsen har dock tolkats som att en projektör måste ansöka och beviljas ett rådighetsmedgivande från Kammarkollegiet för att få sin ansökan om tillstånd på allmänt vattenområde prövad.<sup>219</sup>

Vissa i doktrin har ifrågasatt om ett rådighetsmedgivande från Kammarkollegiet utgör en processförutsättning för en ansökan om att etablera en verksamhet på allmänt vattenområde ska prövas i domstol.<sup>220</sup> Både myndigheter och projektörer verkar trots osäkerheten, sedan Kammarkollegiet på 1950-talet började ge rådighetsmedgivande, ha

---

<sup>212</sup> Jfr SOU 2009:42 s. 182.

<sup>213</sup> Jfr SOU 2009:42 s. 181 ff.; SOU 1977:27 s. 133 f.; Ekbäck (2009) s. 940.

<sup>214</sup> Se SOU 2014:35 s. 207 f.; SOU 2009:42 s. 16, 181 ff.

<sup>215</sup> Se SOU 2014:35 s. 208 och vidare hänvisning till NJA 2012 s. 362.

<sup>216</sup> Se SOU 2014:35 s. 207 f.; SOU 2009:42 s. 16, 181 ff.; Bengtsson (2020) s. 1 f.; Ekbäck (2009) s. 941.

<sup>217</sup> Se till exempel SOU 1977:27 s. 133 f. och SOU 2009:42 s. 180 ff.

<sup>218</sup> Se SOU 2015:10 s. 413; SOU 2010:91 s. 225; Kammarkollegiet (2010) s. 1, 4.

<sup>219</sup> Se SOU 2010:91 s. 225 f.; SOU 2015:10 s. 417, 423.

<sup>220</sup> Se för denna uppfattning Michanek (1990) s. 514 och Michanek & Zetterberg (2021) s. 346. För motsatt uppfattning, se Rubenson (2021) s. 268, Bengtsson (2018) s. 282, Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 58 och Strömberg (1984) s. 35 som inte ifrågasätter att staten har rådighet över vattnet inom det allmänna vattenområdet.

accepterat rådighetsmedgivandets funktion som processförutsättning.<sup>221</sup> Rådighetskravet och Kammarkollegiets befogenhet att lämna rådighetsmedgivanden för nyttjandet av allmänt vattenområde har inte heller ifrågasatts i praxis.<sup>222</sup> Eftersom ordningen sedan länge verkar allmänt accepterad och tillämpad kan hävdas en form av sedvana – i form av ett krav på rådighetsmedgivande från Kammarkollegiet som processförutsättning – har etablerats.<sup>223</sup> Det saknas dock mål där domstolen tagit ställning till innebörden av ett rådighetsmedgivande eller där domstolen avvisat en ansökan om vattenverksamhet inom allmänt vattenområde på grund av bristande rådighet inom allmänt vattenområde.<sup>224</sup> Den fortsatta utredningen utgår från att ett rådighetsmedgivande från Kammarkollegiet utgör en processförutsättning vid etablering av verksamheter inom allmänt vattenområde.

En ansökan om rådighet inom allmänt vattenområde ska innehålla uppgifter om vem som ska nyttja vattenområdet och i vilket syfte. Till ansökan ska även bifogas en karta med koordinater så att det tydligt framgår vilket område som avses.<sup>225</sup> Om ansökan är komplett görs en schematisk prövning av ansökan.<sup>226</sup> I regel nekar Kammarkollegiet inte rådighet över allmänt vatten utan lämnar en skrivelse om att kollegiet inte har något att invända mot sökandens begäran om att nyttja området. Kammarkollegiet har inte nekat en ansökan om medgivande sedan 1960-talet. Nekandet gällde dumpning av fordonsdelar och motiverades med åberopande av vattenvårdshänsyn och yrkesfiskets intressen. Kammarkollegiet villkorar ett medgivande med att projektören måste erhålla nödvändiga tillstånd enligt tillämplig miljölagstiftning.<sup>227</sup> Av förarbetena och Kammarkollegiets egna skrivelser följer vidare att ett rådighetsmedgivande inte medför en exklusiv rätt att nyttja ett område, utan att flera sökanden kan tillerkännas rådighet för samma typ av verksamhet inom samma område.<sup>228</sup> Huruvida omständigheten att flera innehar rådighet inom samma område påverkar rådighetsmedgivandets status som processförutsättning uppmärksammas i det följande.

I avsnittet ovan har konstaterats att det är projektören som ska styrka att det finns tillräcklig rådighet över vattnet inom det område där verksamheten ska

---

<sup>221</sup> Se prop. 2013/14:186 s. 16; SOU 2008:86 s. 275; SOU 2015:10 s. 415, 423; SOU 2010:91 s. 225; Kammarkollegiet (1965) Bilaga 1 s. 10 f.; Kammarkollegiet (2010) s. 4; Energimyndigheten (2020), Rådighet över vatten.

<sup>222</sup> Se till exempel MÖD 2011:50 – Domstolen konstaterade kort att sökanden innehar rådighet efter medgivande från Kammarkollegiet. Mark- och miljööverdomstolens domar den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14 och den 11 april 2018 i mål nr M 4685-17 – Mark- och miljööverdomstolen invänder i målen inte mot underinstansernas resonemang om att tillräcklig rådighet föreligger eftersom Kammarkollegiet gett sitt medgivande.

<sup>223</sup> Jfr Peczenik (1986) s. 206 f.

<sup>224</sup> Se SOU 2015:10 s. 416; SOU 2010:91 s. 225 f.; Kammarkollegiet (2010) s. 4 f.

<sup>225</sup> Enligt uppgift från Eva Åkerlund Advokatfiskal på Kammarkollegiet den 18 juni 2021.

<sup>226</sup> Se SOU 2015:10 s. 415 f.; SOU 2008:86 s. 276; Kammarkollegiet (2010) s. 5.

<sup>227</sup> Se SOU 2015:10 s. 416; Kammarkollegiet (2010) s. 4 och Kammarkollegiet (1965) Bilaga 1 s. 11.

<sup>228</sup> Se SOU 2015:10 s. 416; Kammarkollegiet (2010) s. 5.

bedrivs för att domstolen inte ska avvisa ansökan om tillstånd på allmänt vattenområde.<sup>229</sup> Rådighet över vattnet krävs inom hela området där verksamheten ska bedrivs.<sup>230</sup> I allmänhet krävs även att rådigheten grundas på en i tiden obegränsad rätt till vattenområdet.<sup>231</sup> En tidsbegränsad rådighet kan dock godtas om prövningsmyndigheten, med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet, finner att det trots den begränsade rådigheten finns förutsättningar för att bevilja tillstånd.<sup>232</sup> I Mark- och miljööverdomstolens beslut från den 23 december 2019 i mål nr M 4981-19 godtog domstolen till exempel en tidsbegränsad rådighet med motiveringen att ett arrendeavtal tillförsäkrade sökanden rådighet under hela verksamhetstiden.

Kammarkollegiet meddelar idag rådighetsmedgivanden utan tidsbegränsning och för det område som projektören anger i sin ansökan. Ett rådighetsmedgivande torde därmed i regel uppfylla kraven för tillräcklig rådighet som beskrivits i föregående stycke. Eftersom ett rådighetsmedgivande inte genererar en ensamrätt till ett område uppkommer dock frågan om konkurrerande rådighetsanspråk inom samma område påverkar medgivandets status som processförutsättning. I avsnitt 2.3.3 har konstaterats att syftet med rådighetskravet torde vara att fastställa rättsförhållandena inom ett område inför en tillståndsprövning. Det kan mot bakgrund av detta syfte argumenteras för att ett rådighetsmedgivande i sig inte innebär att processrättslig rådighet föreligger utan att det inför tillståndsprövningen måste fastställas hur konkurrerande rådighetsanspråk på området förhåller sig till varandra.<sup>233</sup> Det saknas klart svar i rättskällorna för om ett rådighetsmedgivande från Kammarkollegiet i sig är tillräckligt för att en tillståndsansökan ska prövas eller om det krävs att sökanden ytterligare styrker sin egen rätt på området inför en tillståndsprövning. Sektion 3.2 kommer därför att redogöra för olika sätt att se på rådighetskravet när flera innehar rådighet inom samma allmänna vattenområde.

---

<sup>229</sup> Se avsnitt 2.3.3 med hänvisning till bland annat NJA 1993 s. 331 och NJA 2012 s. 362.

<sup>230</sup> Se 2 kap. 1 § LSV; Mark- och miljööverdomstolen dom den 18 oktober 2019 i mål nr M 6181-18; prop. 1981/82:130 s. 401.

<sup>231</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen dom den 21 december 2005 i mål nr M 9540-04; Mark- och miljööverdomstolen beslut den 23 december 2019 i mål nr M 4981-19 med hänvisning till prop. 1981/82:130 s. 401.

<sup>232</sup> Se prop. 1981/82:130 s. 401.

<sup>233</sup> Se närmare avsnitt 2.3.3.

# 3 Konkurrens om allmänt vattenområde för utvinning av förnybar energi

## 3.1 Inledning

Av redogörelsen i kapitel 2 framgår att domstolen kan behöva ta ställning till konkurrerande anspråk på att utnyttja det allmänna vattenområdet vid olika skeden av etableringsprocessen. För det första kan domstolen inför en tillståndsprövning behöva ta ställning till om tillståndsansökan kan prövas trots att projektören inte innehar ensam rådighet över vattnet på området. Situationen uppmärksammas i sektion 3.2. Om tillståndsansökan tas upp till prövning kan domstolen för det andra behöva ta ställning till om ett delat intresse av att utvinna energi inom samma område påverkar möjligheten att bevilja nya tillstånd på området. Situationen uppmärksammas i sektion 3.3.

Konkurrens kan uppstå eftersom projektörer saknar möjlighet att under etableringsprocessen tillerkännas ensamrätt för att utvinna förnybar energi inom ett visst område.<sup>234</sup> Det saknas även lagstiftning som särskilt klargör om möjligheten att utvinna förnybar energi på allmänt vattenområde ska fördelas vid tillståndsprövningen och hur en sådan fördelning i så fall ska göras.<sup>235</sup> Det finns därför anledning att utreda hur möjligheten att nyttja mark- och vattenområde för utvinning av naturresurser fördelas vid tillståndsprövning enligt närliggande lagstiftning.

I minerallagen (1991:45) har lagstiftaren förutsett att konkurrens kan uppstå mellan projektörer som är intresserade av att utvinna mineral inom samma område.<sup>236</sup> I minerallagen finns därför regler om företrädesrätt när flera har ansökt om utvinning i samma område. Angående undersökningstillstånd föreskrivs i 2 kap. 3 § minerallagen att den projektör som först ansökt om tillstånd har företräde för de fall ett område omfattas av flera ansökningar. Den som innehar ett undersökningstillstånd tillerkänns även förtur för att senare beviljas tillstånd för att utvinna ett mineral i enlighet med 4 kap. 3 § minerallagen.<sup>237</sup> Vidare framgår av 2 kap. 4 § minerallagen att om någon innehar ett undersökningstillstånd eller tillstånd att utvinna ett mineral får någon annan endast undantagsvis beviljas undersökningstillstånd för samma mineral inom området.

---

<sup>234</sup> Se SOU 2008:68 s. 276; SOU 2015:10 s. 416; Kammarkollegiet (2010) s. 5.

<sup>235</sup> Se avsnitt 2.3.2.

<sup>236</sup> Se prop. 1988/89:92 s. 41, 99.

<sup>237</sup> Det kan uppmärksammas att innan 1993 föreskrevs i minerallagen att om ingen av sökandena hade undersökningstillstånd, skulle prövningsmyndigheten, genom en lämplighetsbedömning av de sökandena, avgöra vem av dem som lämpligen bör få tillstånd, se prop. 1988/89:92 s. 99 och prop. 1992/93:238 s. 16.

I 3 d § kontinentalsockellagen föreskrivs att ensamrätt till ett område tillerkänns den som har fått ett tillstånd att utforska kontinentalsockeln för geologisk lagring av koldioxid. För övriga verksamheter på kontinentalsockeln gäller enligt 7 § första stycket kontinentalsockellagen att meddelas tillstånd i fråga om viss naturtillgång på område som omfattas av tidigare meddelat tillstånd avseende annan naturtillgång, får arbete för undersökning eller bearbetning som verkställs på grund av först uppkommen rättighet inte hindras på grund av rättighet som tillkommit senare. Uppstår tvist om hur de särskilda slagen av arbete ska bedrivas, ska tillsynsmyndigheten, med iakttagande av villkor som tillfogats tillståndet, bestämma hur arbetena ska ordnas för att innehavaren av äldre rättigheter ska kunna driva sitt arbete ändamålsenligt och med minsta förfång för den senare rättsinnehavaren. Följaktligen är 7 § inte tillämplig när flera projektörer fått tillstånd för att nyttja samma naturtillgång. Det har i doktrin framförts att tillsynsmyndigheten i dessa fall bör föreskriva de konkurrensbestämmelser som behövs i tillståndsbeslutet.<sup>238</sup>

Slutligen finns även regler i lagen med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet som aktualiseras när det föreligger konkurrens om samma vattentillgång. Vid konkurrens om att använda en vattentillgång för bevattning aktualiseras 4 kap. LSV och möjligheten att fördela tillgången till vattnet genom inrättande av en bevattningssamfällighet. Om mark- och miljödomstolen, vid ansökan om uttag av vatten, bestämmer att en bevattningssamfällighet ska bildas är det upp till deltagarna i samfälligheten att fördela tillgängligt vatten mellan sig utefter de villkor som bestämts av domstolen i samband med att tillstånd meddelades.<sup>239</sup> I 9 kap. 6 § LSV regleras även hur en situation, när flera fastigheter är beroende av samma grundvattentillgång för förbrukning till husbehov, ska hanteras när fastigheternas behov inte kan täckas helt. Enligt bestämmelsen ska vattnet fördelas mellan fastigheterna utefter vad som är skäligt.

## **3.2 Konkurrerens inför tillståndsprövningen**

### **3.2.1 Konkurrerande rådighetsanspråk**

I takt med ett större intresse av att nyttja det allmänna vattenområdet kan också antalet ansökningar om rådighetsmedgivanden inom samma områden antas öka.<sup>240</sup> Det är därför relevant att fastställa om en ansökan om tillstånd på allmänt vattenområde kan tas upp till prövning även när flera innehar rådighet inom samma område.

---

<sup>238</sup> Se Delin (1996) s. 277.

<sup>239</sup> Se 4 kap. 2 § LSV.

<sup>240</sup> Jfr SOU 2010:15 s. 423.

I avsnitt 2.3.4 har anförts att det mot bakgrund av syftet med rådighetskravet kan ifrågasättas om ett rådighetsmedgivande, oberoende omständigheterna i det enskilda fallet, i sig är tillräckligt för att en tillståndsansökan ska prövas.<sup>241</sup> Det finns därför anledning att utreda hur domstolen, inom ramen för tillståndsprocessen, kan behandla rådighetskravet avseende det allmänna vattenområdet. Mot bakgrund av rådighetskravets funktion som processförutsättning vid ansökan om tillstånd enligt miljöbalken har tre olika sätt att hantera rådighetsfrågan identifierats. Ett första sätt är att inte godta delad rådighet utan avvisa tillståndsansökan (se avsnitt 3.2.2). Ett andra sätt är att ta upp en ansökan eller ansökningarna för prövning för att därigenom bedöma om rådigheten är tillräcklig i det enskilda fallet (se avsnitt 3.2.3). Ett tredje sätt är att godta ett rådighetsmedgivande som en tillräcklig processförutsättning oavsett om flera innehar rådighet inom ett område (se avsnitt 3.2.4). Ett annat sätt att hantera rådighetsfrågan är att, mot bakgrund av lösningar i närliggande lagstiftning, låta tidpunkten för ansökt rådighetsmedgivande eller tillstånd vara avgörande för huruvida processrättslig rådighet föreligger eller inte (se avsnitt 3.2.5). Först i sektion 4.2 sammanfattas rättsläget och ställning tas till om dagens regelverk hindrar domstolen från att pröva flera ansökningar om tillstånd inom samma allmänna vattenområde.

En konsekvens av att rådighetsmedgivanden ges utan tidsbegränsning och inte upphör att gälla om vattenområdet inte nyttjas för det sökta ändamålet är att konkurrens om rådigheten över ett område kan uppkomma i förhållande till projektörer som inte längre är intresserade av ett område.<sup>242</sup> Det är oklart om ett passivt anspråk på att nyttja ett område ska tillmätas samma värde som ett aktivt anspråk eller om det krävs att den som avser att nyttja ett område är aktiv för att inte dennes rätt till området ska gå förlorad.<sup>243</sup> I förarbetena har framförts att betydelse bör tillmätas den så kallade ostridighetsprincipen som innebär att ett påstående om rådighet ska accepteras om det inte bestrids.<sup>244</sup> Principen talar mot att beakta intresset hos rådighetsinnehavare som inte invänder mot andras rådighetsanspråk. Frågan uppmärksammas ytterligare nedan i samband med redogörelsen av de alternativa synsätten.

Den problematik som kan uppstå på grund av delad rådighet hade kunnat undvikas genom olika reformer. En möjlighet är att i lag föreskriva hur olika anspråk förhåller sig till varandra eller föreskriva att ett rådighetsmedgivande genererar ensamrätt till ett område.<sup>245</sup> Om ett

---

<sup>241</sup> Angående syftet med rådighetskravet, se avsnitt 2.3.3.

<sup>242</sup> Jfr SOU 2015:10 s. 416.

<sup>243</sup> Jfr prop. 1997/98:45 del 2 s. 130 – I samband med 11 kap. 7 § MB uttalas att det i regel åligger den som avser att utöva en verksamhet i framtiden att vara aktiv vid prövningen av den först tilltänkta vattenverksamheten; jfr även MÖD 2019:5 – I målet bedömde domstolen det inte var möjligt att vid fastställandet av den sammanlagda miljöpåverkan i ett område ta hänsyn till påverkan från verksamheter som inte ännu tillståndsprövats.

<sup>244</sup> Se SOU 1977:27 s. 134; SOU 2009:42 s. 179.

<sup>245</sup> Jfr 2 kap. 4 § minerallagen och 3 d, 7 §§ kontinentalsockellagen.

rådighetsmedgivande skulle innebära ensamrätt hade det sannolikt krävt att rådighetsmedgivanden, till skillnad från idag, begränsades i tid och omfattning.<sup>246</sup> Det finns även en risk för att möjligheten att tillerkännas ensamrätt till allmänt vattenområde hade ökat intresset av att ansöka om rådighet i spekulations syfte för att säkra den egna tillgången till vissa områden.<sup>247</sup>

### **3.2.2 Alternativ ett – avvisa ansökan om rådigheten är delad**

Ett sätt att hantera rådighetsfrågan vid tillståndsprocessen är att endast godta ett rådighetsmedgivande som en tillräcklig processförutsättning om projektören har ensam rådighet över vattnet inom berört område.

För att inte helt omöjliggöra exploatering inom områden där delad rådighet föreligger är det rimligt att anta att domstolen skulle acceptera avtal som fördelar rätten på området mellan rådighetsinnehavare som innehar rådighet över vattnet vid tillfället för tillståndsansökan.<sup>248</sup> Utifrån vad som ovan sagts om passiva anspråk bör avtal rimligen endast behöva slutas med de projektörer som invänder mot rådighetsanspråket. Projektören skulle vid delad rådighet därför vara hänvisad till att överenskomma med andra rådighetsinnehavare om rätten till området innan tillståndsprocessen inleds för att kunna ansöka om tillstånd.

Att hänvisa projektörerna till att komma överens om rådighet innan en tillståndsansökan prövas, oavsett om överenskommelsen nås i domstol eller inte, riskerar förlänga och komplicera etableringsprocessen.<sup>249</sup> Det är vidare tveksamt om domstolen vid en ansökan om tillstånd kan vägra en prövning av en ansökan utan att ta hänsyn till de omständigheter som sökanden eventuellt åberopat till stöd för att denne har tillräcklig rådighet.<sup>250</sup> Att hindra projektörer från en objektiv prövning i domstol och istället hänvisa projektören till att komma överens med andra rådighetsinnehavare kan sammanfattningsvis kritiseras utifrån intresset att skapa rättssäkra och effektiva tillståndsprocesser.<sup>251</sup>

---

<sup>246</sup> Jfr 3 § kontinentalsockellagen; SOU 2008:86 s. 274 f.

<sup>247</sup> Se SOU 2008:86 s. 276.

<sup>248</sup> Jfr möjligheten att på enskilt vatten fördela rätten genom avtal, se bland annat Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 53, 58.

<sup>249</sup> Jfr SOU 2008:86 s. 276 – I förarbetet anges att ett krav på att rådighetsfrågan är fastställd enligt beslut av Kammarkollegiet innan tillståndsprövningen påbörjat skulle kunna öppna vägen för ytterligare processer.

<sup>250</sup> Se NJA 1991 s. 704; NJA 2012 s. 362.

<sup>251</sup> Jfr avsnitt 2.2.3 med hänvisning till bland annat SOU 2021:53 s. 95 f.

### 3.2.3 Alternativ två – pröva om rådigheten är tillräcklig i det enskilda fallet

Ett annat sätt för domstolen att hantera en situation när flera projektörer gör anspråk på samma vattenområde är att ta upp en ansökan eller ansökningarna för prövning för att därigenom bedöma om rådigheten är tillräcklig i det enskilda fallet. Prövningen av om rådigheten är tillräcklig i det enskilda fallet skulle inom ramen för domstolens handläggning kunna hanteras på två sätt.

För det första skulle domstolen kunna försöka få parterna att förlikas.<sup>252</sup> Om parterna inte enas i en förlikning är det dock fortsatt tveksamt om domstolen kan avvisa parternas ansökningar.<sup>253</sup> För det andra skulle det vara möjligt för domstolen, oberoende av om försök till förlikning skett eller inte, att ta upp ansökan eller ansökningarna till prövning för att utreda om de omständigheter som projektören framfört innebär att rådigheten är tillräcklig i det enskilda fallet.<sup>254</sup> Domstolen skulle i så fall behöva ta ställning till om verksamheterna som de konkurrerande rådighetsinnehavarna önskar uppföra eller redan har uppfört kan tillåtas var för sig eller tillsammans på ett sätt som är förenligt med tillämplig lagstiftning. Rådighetsfrågan skulle därmed bli beroende av utfallet av tillståndsprövningen. Hur möjligheten att använda ett område fördelas vid tillståndsprövningen diskuteras ytterligare i sektion 3.3. För att utreda om olika verksamheter kan utövas vid sidan av varandra måste prövningen rimligen begränsas till de verksamheter som redan är tillståndsgivna eller som handläggs samtidigt och till de fall där aktören invänt mot det konkurrerande rådighetsanspråket.<sup>255</sup> Utan kunskap om vilka verksamheter som rådigheten ska prövas i förhållande till skulle det vara omöjligt att fastställa vad som utgör tillräcklig rådighet för den eller de verksamheter som tillståndsprövas.<sup>256</sup>

Att bedöma förutsättningarna för processrättslig rådighet genom tillståndsprövningen, när det är osäkert om tillräcklig rådighet föreligger, är vidare rimligt utifrån vad som i avsnitt 2.3.1 sagts om att möjligheten att använda den egna rådigheten alltid begränsas av tillämplig lagstiftning.<sup>257</sup>

---

<sup>252</sup> Se SOU 2008:86 s. 276; Bengtsson (2020) s. 2.

<sup>253</sup> Se NJA 1991 s. 704; Mark- och miljööverdomstolen dom den 29 januari 2021 i mål nr M 7480-18.

<sup>254</sup> Jfr NJA 1991 s. 704; NJA 2012 s. 362; Mark- och miljööverdomstolen dom den 29 januari 2020 i mål nr M 7480-18.

<sup>255</sup> Jfr SOU 1977:27 s. 134; SOU 2009:42 s. 179.

<sup>256</sup> Jfr prop. 1997/98:45 del 2 s. 130 – I samband med redogörelsen av 11 kap. 7 § MB uttalas att det i regel åligger den som avser att utöva en framtida verksamhet att vara aktiv vid prövningen av den först tilltänkta vattenverksamheten. Jfr även MÖD 2019:5 – I målet poängterar domstolen att hänsyn inte ska tas till miljöpåverkan från verksamheter som endast är planerade och inte tillståndsgivna vid prövningen av en ny tillståndsansökan.

<sup>257</sup> Se även avsnitt 2.3.4 – Kammarkollegiet villkorar sina rådighetsmedgivande med att tillstånd beviljas enligt tillämplig miljölagstiftning.

Att ta upp en ansökan till prövning även om flera rådighetsinnehavare gör anspråk på samma område är förenligt med domstolens skyldighet att, vid prövning av om tillräcklig processrättslig rådighet föreligger, beakta samtliga omständigheter som sökanden åberopat till stöd för att denne har sådan rådighet som krävs för att få sin ansökan om tillstånd prövad.<sup>258</sup> I förarbeten och praxis har vidare uttalats att begränsad rådighet i vissa fall kan godtas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>259</sup> Även om uttalandena har gjorts i anslutning till bedömningen av tidsbegränsad rådighet på enskilt vattenområde talar uttalandena för att hänsyn bör tas till förhållandena i det enskilda fallet och att synen på rådighet inte bör vara alltför restriktiv. Synsättet är även förenligt med Högsta domstolens uttalande att de regler som styr tillståndsprocessen inte bör tolkas på ett sätt som omöjliggör för en avvägning mellan olika intressen.<sup>260</sup>

Att ta upp en ansökan till prövning, utan att utreda rättsförhållandena på området, reducerar dock betydelsen av rådighetskravet som processförutsättning och leder i praktiken till samma utfall som om ett rådighetsmedgivande hade godtagits utan föregående prövning i det enskilda fallet, se avsnitt 3.2.4.

### **3.2.4 Alternativ tre – godta ansökan även om rådigheten är delad**

Ytterligare ett sätt att hantera rådighetsfrågan är att alltid godta ett rådighetsmedgivande som en tillräcklig processförutsättning oavsett om flera innehar rådighet på ett område. Synsättet har problematiserats i avsnitt 2.3.4 utifrån syftet att behålla rådighetskravet vid prövning av vattenverksamhet.

För att acceptera ett rådighetsmedgivande, oberoende förhållandena i det enskilda fallet, talar intresset av att skapa en mer enhetlig tillståndsprocess genom att samma förutsättning gäller för vattenverksamhet respektive miljöfarlig verksamhet.<sup>261</sup> Om projektörer slipper att överenskomma med andra rådighetsinnehavare inför en ansökan om tillstånd på allmänt vattenområde kan även riskerna minska för att en konflikt uppkommer redan innan domstolen prövat om verksamheterna överhuvudtaget kan tillåtas enligt miljöbalken.<sup>262</sup>

---

<sup>258</sup> Se avsnitt 2.3.3; jfr NJA 1991 s. 704 och NJA 2012 s. 362.

<sup>259</sup> Jfr prop. 1981/82:130 s. 401. Se även Mark- och miljööverdomstolen dom den 29 januari 2021 i mål nr M 7480-18 som rörde tolkning av ett servitut. I målet uttalade domstolen att en utgångspunkt vid bedömning av om tillräcklig rådighet föreligger för utförande av en vattenverksamhet på enskilt vattenområde är att området, utifrån förhållandena på platsen, ska kunna användas på ett ändamålsenligt sätt.

<sup>260</sup> Se NJA 2010 s. 690.

<sup>261</sup> Jfr SOU 2014:35 s. 207 f.; Ekbäck (2009) s. 941.

<sup>262</sup> Se SOU 2014:35 s. 207 f.; SOU 2009:42 s. 182; Ekbäck (2009) s. 941.

### 3.2.5 Alternativ fyra – godta ansökan hos den som är först

En annan möjlighet för domstolen är att stödja sig på ett resonemang förenligt med kontinentalsockellagen och minerallagen vid prövningen av om rådighet som processförutsättning föreligger eller inte.<sup>263</sup> Utifrån ett analogt resonemang kan argumenteras för följande lösningar.

Tillräcklig processrättslig rådighet har den som först ansökt om rådighetsmedgivande från Kammarkollegiet.<sup>264</sup> En senare rådighetsinnehavares medgivande kan endast godtas som processförutsättning om nyttjandet av rådighetsmedgivandet inte hindrar äldre rådighetsinnehavares rätt på området.<sup>265</sup> Kammarkollegiet medger idag projektörer rätt att disponera över områden utan hänsyn till tidigare lämnade rådighetsmedgivanden, vilket talar mot att tidpunkten för när rådighetsmedgivandet meddelades skulle påverka rådighetsmedgivandets värde som processförutsättning.<sup>266</sup> Att alltid tillerkänna den som först ansökt om ett rådighetsmedgivande tillräcklig rådighet och begränsa senare projektörers rådighet med hänsyn till tidigare medgivanden kan även försvåra för ytterligare exploatering i områden. Möjligheten att abonnera områden skulle vidare sannolikt öka intresset av att ansöka om rådighetsmedgivande hos Kammarkollegiet i spekulationssyfte.<sup>267</sup>

Alternativt kan det argumenteras för att den som först ansökt om tillstånd för att nyttja sitt rådighetsmedgivande alltid har tillräcklig processrättslig rådighet och att senare ansökningar om tillstånd ska avslås om nyttjandet av det senare rådighetsmedgivandet hindrar rätten hos den som först ansökt om tillstånd.<sup>268</sup> Bedömningssättet tillskriver den som först ansökt om tillstånd en fördel på ett sätt som inte överensstämmer med miljöbalkens idé om att verksamheter som konkurrerar om samma naturresurs i första hand bör jämkas och att möjligheterna för en delad användning av områden ska undersökas.<sup>269</sup> Alternativet, skulle i likhet med alternativet presenterat i ovan stycke, sannolikt öka projektörers intresse av att abonnera områden genom att vara först om att ansöka om tillstånd. Projektörers intresse av att säkerställa sin egen rätt till områden kan dessutom leda till att bristfälliga ansökningar om tillstånd lämnas in till domstolen.

---

<sup>263</sup> Se även 17 kap. 1 § JB som reglerar företräde på grund av inskrivning. I bestämmelsen anges att har fast egendom överlåtits eller nyttjanderätt, servitut eller rätt till elektrisk kraft upplåtits i egendomen till flera var för sig, har det förvärv för vilket inskrivning först sökes som utgångspunkt företräde.

<sup>264</sup> Jfr 2 kap. 3 § minerallagen.

<sup>265</sup> Jfr 7 § första kontinentalsockellagen.

<sup>266</sup> Se avsnitt 2.3.3.

<sup>267</sup> Jfr SOU 2008:86 s. 276.

<sup>268</sup> Jfr 2 kap. 3 § minerallagen, 7 § första kontinentalsockellagen och 17 kap. 1 § JB.

<sup>269</sup> Jfr 16 kap. 11 § MB och 3 kap. 1 § MB; se vidare avsnitt 2.2.5 om god hushållning och avsnitt 3.3.3.2 om innebörden av 16 kap. 11 § MB.

En fördel med att låta tidpunkten för ansökan om medgivande eller tillstånd vara avgörande är att domstolens prövning sannolikt förenklas, vilket kan leda till kortare handläggningstider.

## 3.3 Konkurrens vid tillståndsprövningen

### 3.3.1 Utvinnings- och omgivningskonkurrens

Sektion 3.3 utreder hur konkurrens om att utvinna förnybar energi inom ett område påverkar prövningen av en ansökan om att uppföra och driva en havsbaserad anläggning för utvinning av förnybar energi. Utredningen nedan utgår från att domstolen inte har avvisat ansökan eller ansökningarna på grund av bristande processrättslig rådighet. Med undantag för det inledande avsnitt 3.3.1 är sektion 3.3 uppdelad kronologiskt utifrån ett tidsperspektiv, alltså om konkurrens råder i förhållande till en redan tillståndsgiven verksamhet (avsnitt 3.3.2), en samtida verksamhet (avsnitt 3.3.3) eller en framtida verksamhet (avsnitt 3.3.4).

Möjligheten att inom ett och samma vattenområde nyttja förnybara energiresurser liksom vind- eller vattenflöde är begränsad och konkurrens vid utvinning av energin kan därför uppkomma.<sup>270</sup> Konkurrens om att utvinna energi på allmänt vattenområde och behovet av att fördela rätten till området kan uppkomma av olika anledningar. För det första kan konkurrens uppkomma eftersom flera aktörer inte kan utvinna energi från samma naturresurs inom ett avgränsat område, utan att aktörernas respektive energiproduktion påverkas negativt. Driften av en havsbaserad energianläggning leder nämligen i regel till att vindstyrkan eller vågrörelserna avtar på närliggande platser inom området.<sup>271</sup> Konkurrensen som uppstår benämns nedan *utvinningskonkurrens*.<sup>272</sup> Vid utvinningskonkurrens uppkommer frågan vilken hänsyn som domstolen, inom ramen för tillståndsprövningen, ska ta till intresset av att verksamheter inte tillåts som påverkar andra aktörers möjlighet att utvinna energi inom ett område negativt.

För det andra kan konkurrens uppkomma eftersom ett område inte kan rymma ett obegränsat antal aktörer utan att människors hälsa eller miljön påverkas på ett otillåtet sätt och påverkan på motstående intressen i området bli alltför stor.<sup>273</sup> Intresset av att skydda en växt- eller djurart eller en grannes intresse av att inte utsättas för buller utgör exempel på intressen

---

<sup>270</sup> Jfr Michanek & Zetterberg (2021) s. 422.

<sup>271</sup> Se Mark- och miljödomstolens dom vid Nacka Tingsrätt den 15 juni 2020 i mål nr M 2579-19; Michanek (1990) s. 527, 567; Boverket (2009) s. 81

<sup>272</sup> Jfr Michanek (1990) s. 527 – Begreppet används av Michanek om situationen som uppstår när utvinningen av en resurs på en fastighet medför att utvinningen på en annan närliggande fastighet påverkas.

<sup>273</sup> Jfr MÖD 2016:4; Mark- och miljööverdomstolens dom den 5 april 2018 i mål nr M 10984-16.

som kan hindrar ett alltför omfattande nyttjande av ett område.<sup>274</sup> Domstolen fastställer, utefter de faktiska förhållandena på området och med stöd av de miljökrav som aktualiseras vid tillståndsprövningen, vad som utgör ett tillåtet nyttjande av ett område.<sup>275</sup> I det följande benämns konkurrensen som uppstår *omgivningskonkurrens*. Vid omgivningskonkurrens uppkommer frågan hur domstolen, inom ramen för tillståndsprövningen, ska hantera konkurrens om ett område som flera aktörer kan antas påverka negativt.

### 3.3.2 Konkurrens i förhållande till tillståndsgiven verksamhet

Utgångspunkten vid prövningen av en ansökan om tillstånd är att det ska göras en för varje anläggning individuell prövning utifrån en bestämd lokalisering.<sup>276</sup> Prövningen av verksamheten kan vidare som utgångspunkt endast resultera i villkor som är avgränsade till den enskilda anläggningen och ligger inom projektörens rättsliga och faktiska kontroll.<sup>277</sup> Att i en tillståndsdom besluta om försiktighetsåtgärder eller tillståndsvillkor som avser en annan verksamhet är i regel inte möjligt.<sup>278</sup>

För att fastställa om den nya verksamheten kan tillåtas och vilka villkor som tillståndet behöver förenas med identifierar domstolen den aktuella verksamhetens påverkansområde. Påverkansområde är området som anläggningen riskerar påverka negativt.<sup>279</sup> Efter att påverkansområdet har identifierats fastställer domstolen vilken påverkan som är godtagbar inom området med hänsyn till förekommande motstående intressen.<sup>280</sup> Även om prövningen utgår från den enskilda verksamheten måste den innefatta den samlade och kumulativa påverkan som uppstår på omgivningen om tillstånd beviljas.<sup>281</sup> Vid bedömningen av en tillkommande anläggning i ett redan exploaterat område beaktar domstolen därför kumulativa effekter från den tillkommande verksamheten tillsammans med pågående markanvändning, verksamheter som inte ännu är efterbehandlade och verksamheter som är tillståndsgivna men ännu inte startade.<sup>282</sup>

Ett tillstånd har rättskraft, vilket innebär att när en tillståndsdom har vunnit laga kraft gäller tillståndet som utgångspunkt mot alla, vad gäller frågor som har prövats i domen.<sup>283</sup> Domstolen avgör inte frågor rörande äganderätten

---

<sup>274</sup> Se avsnitten 2.2.4 och 2.2.5; jfr bland annat MÖD 2009:48 och MÖD 2016:4.

<sup>275</sup> Se avsnitt 2.2.4 angående tillståndsprövningen.

<sup>276</sup> Se 22 kap. 21, 25 §§ MB; MÖD 2017:27; MÖD 2018:19.

<sup>277</sup> Se MÖD 2009:48; MÖD 2016:4; MÖD 2016:32; MÖD 2016:31.

<sup>278</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen dom den 20 juni 2016 i mål nr M 9326-15; jfr 3.3.3.1 och möjligheten att föreskriva gemensamma villkor.

<sup>279</sup> Se MÖD 2016:4; MÖD 2016:31; MÖD 2016:32.

<sup>280</sup> Jfr MÖD 2019:5.

<sup>281</sup> Se MÖD 2009:48.

<sup>282</sup> Se MÖD 2019:5; MÖD 2016:4; MÖD 2016:31; MÖD 2016:32.

<sup>283</sup> Jfr 24 kap. 1 § MB; Michanek (1990) s. 533 ff.

eller liknande rätt till ett område genom en tillståndsdom. Ett tillstånd i sig hindrar därmed inte domstolen från att pröva andra projektörers ansökningar om att nyttja samma vattenområde.<sup>284</sup> När en tillståndsdom väl har vunnit laga kraft saknar dock andra aktörer möjlighet att invända mot hur den tillståndsgivna verksamheten bedrivs.<sup>285</sup> Ett beviljat tillstånd kan endast omprövas eller återkallas under vissa förutsättningar, däribland om det uppkommit en olägenhet av någon betydelse som inte förutsågs när verksamheten tilläts eller om förhållandena i omgivningen väsentligt har ändrats.<sup>286</sup> Omprövning eller återkallande får vidare endast initieras av vissa aktörer, däribland särskilda myndigheter och tillståndsinnehavaren själv.<sup>287</sup> Eftersom omprövning och återkallande endast kan ske undantagsvis är det i regel den verksamhet eller de verksamheter som tillståndsprövas samtidigt som måste förenas med villkor som säkerställer att människors hälsa eller miljön inte påverkas på ett otillåtet sätt.<sup>288</sup> Det är sannolikt inte heller möjligt att avvakta prövningen av en ny verksamhet för att ompröva en redan tillståndsgiven verksamhet i området.<sup>289</sup> Om den som bedriver eller avser att bedriva en verksamhet kommer överens om att vidta åtgärder för att förebygga eller motverka olägenheter för människors hälsa och miljön, får dock gemensamma villkor föreskrivas enligt 16 kap. 8 § MB. Avsnitt 3.3.3.1 utreder förutsättningarna för att föreskriva gemensamma villkor.

Vad som sagts ovan är främst hänförligt till prövningen vid omgivningskonkurrens. Följande ska tilläggas om utvinningskonkurrens. Vid tillståndsprövning beaktar domstolen om den enskilda anläggningen kan tillåtas trots de olägenheter som uppkommer på motstående allmänna och enskilda intressen.<sup>290</sup> Frågan är om en negativ påverkan på en tillståndsinnehavares möjlighet att utvinna förnybar energi kan beaktas som ett sådant motstående intresse. Möjligtvis kan domstolen med stöd av 3 kap. 8 § MB ta hänsyn till påverkan på den redan tillståndsgivna verksamheten.<sup>291</sup> Områden som är lämpliga för energiproduktion ska nämligen enligt 3 kap. 8 § MB skyddas mot åtgärder som påtagligt försvårar för nyttjandet av anläggningar för energiproduktion.<sup>292</sup> Utifrån synsättet förefaller det lämpligt att utreda om verksamheten som prövas kan utföras på ett sätt som minskar den negativa påverkan på den redan tillståndsgivna verksamheten. Med stöd av 3 kap. MB skulle domstolen även kunna kräva att alternativa placeringar eller utformningar av den nya anläggningen utreds

---

<sup>284</sup> Se Michanek (1990) s. 535; Larfeldt Alvé & Strömberg (2019) s. 104.

<sup>285</sup> Se prop. 1997/98:45 del 2 s. 251 f.

<sup>286</sup> Se 24 kap. 1, 3–9 §§ MB.

<sup>287</sup> Se 24 kap. 11, 13 §§ MB.

<sup>288</sup> Jfr 24 kap. 1, 3–9 §§ MB; MÖD 2019:5; Mark- och miljööverdomstolen dom den 20 juni 2016 i mål nr M 9326-15; MÖD 2016:4; MÖD 2016:31; MÖD 2016:32.

<sup>289</sup> Jfr MÖD 2016:4 – I målet bedömde domstolen att det saknades stöd för att vilandeförklara mål i väntan på att tidigare mål som gäller samma område ska avgöras.

<sup>290</sup> Se avsnitten 2.2.4 och 2.2.5.

<sup>291</sup> Se Michanek (1990) s. 546, 551 f.

<sup>292</sup> Jfr Mark- och miljödomstolen dom vid Nacka Tingsrätt 16 januari 2020 i mål nr M 2579-19.

för att möjliggöra för en delad användning av området.<sup>293</sup> Att på ovan beskrivna sätt försöka reducera den negativa påverkan på befintlig verksamhet motiveras inte av intresset av att skydda tillståndsinnehavare utan av det allmänna intresset av att skydda områden som är lämpliga för energiproduktion.<sup>294</sup>

Möjligheten att beakta en tillståndsinnehavares produktionsbortfall prövades i Mark- och miljödomstolens dom vid Nacka Tingsrätt den 15 juni 2020 i mål nr M 2579-19.<sup>295</sup> I målet var det ostridigt att den planerade vindkraftsanläggningen riskerade medföra produktionsbortfall för närliggande vindkraftparker. Domstolen konstaterade att frågan hur stort produktionsbortfall som kunde godtas utan att omfattningen eller villkoren för den verksamhet som prövas behövde begränsas inte var föremål för prövning i målet. Trots konstaterandet gick domstolen vidare i sin prövning och bedömde att den verksamhet som prövades inte medförde att utnyttjandet av närliggande anläggningar påtagligt försvårades enligt 3 kap. 8 § MB. På denna grund bedömde sedan domstolen att det inte var nödvändigt att begränsa omfattningen av tillståndet för den planerade verksamheten eller att besluta om villkor som innebar en anpassning till befintliga verksamheter. Även om mark- och miljödomstolens resonemang i vissa delar är svårförståeligt verkar domstolen argumentera för att det vid prövning av en ny verksamhet ska beaktas om verksamheten riskerar att påtagligt försvåra för redan befintliga energianläggningar i området.<sup>296</sup>

Avsnitt 4.3.2 sammanfattar hur rätten att utvinna energi inom ett område fördelas vid tillståndsprövningen i förhållande till redan tillståndsgiven verksamhet.

---

<sup>293</sup> Jfr avsnitt 2.2.5 med hänvisning till bland annat prop. 1985/86:3 s. 154 och Mark- och miljööverdomstolen dom den 17 november 2016 i mål nr M 3129-16.

<sup>294</sup> Jfr Michanek (1990) s. 538 f.; NJA 2001 s. 828 – I målet riskerade omkringliggande fastigheter påverkas negativt av en åtgärd som utfördes i vattnet på en fastighet. Domstolen bedömde att påverkan på andra fastigheter inte skulle beaktas särskilt utan att prövningen skulle utgå från de materiella miljökraven.

<sup>295</sup> Observera att målet överklagades till Mark- och miljööverdomstolen som inte tog ställning till tillåtligheten av verksamheten utan återförvisade målet till lägre instans med anledning av bristande utredning i målet, se Mark- och miljööverdomstolen dom den 16 april 2021 i mål nr M 7411-20.

<sup>296</sup> Jfr 7 § första stycket kontinentalsockellagen.

### 3.3.3 Konkurrens i förhållande till samtida verksamhet

#### 3.3.3.1 Gemensamma tillståndsvillkor

Enligt 16 kap. 8 § MB är det möjligt att föreskriva gemensamma villkor för verksamheter som prövas samtidigt för att på ett kostnadseffektivt sätt reglera den sammanlagda påverkan på ett område.<sup>297</sup> Möjligheten att föreskriva gemensamma villkor är ett undantag från huvudregeln att tillståndsinnehavaren själv måste ha rättsliga och faktiska förutsättningar att klara de krav som följer av villkoren i tillståndet.<sup>298</sup> När ett tillstånd innehåller gemensamma villkor är ansvaret att villkoren följs solidariskt.<sup>299</sup>

Gemensamma villkor får enligt 16 kap. 8 § MB föreskrivas för flera verksamheter om de som bedriver eller avser att bedriva en verksamhet kommer överens om att vidta åtgärder för att förebygga eller motverka olägenheter för människors hälsa och miljön. Gemensamma villkor får vidare endast föreskrivas om fördelar från hälso- och miljösynpunkt uppnås.<sup>300</sup> Domstolen kan föreskriva villkoren på olika sätt, dels genom ett gemensamt beslut om tillstånd som innehåller villkor för verksamheterna, dels genom skilda beslut med gemensamma villkor.<sup>301</sup> Ansökningarna behöver inte handläggas i en gemensam rättegång för att bestämmelsen ska vara tillämplig.<sup>302</sup> Om projektörerna är överens kan således domstolen besluta om villkor som möjliggör för en delad användning av området på ett sätt som är fördelaktigt ur hälso- och miljösynpunkt vid utvinnings- eller omgivningskonkurrens.

När det saknas en överenskommelse mellan projektörerna har det föreslagits att prövningen av de konkurrerande verksamheterna bör ske enligt en turordning där tidpunkten för kungörelsen av ansökningarna i första prövningsinstans ska vara avgörande. Förslaget avvisades av domstolen i MÖD 2016:4 med argumentet att det inte är möjligt att enligt 32 kap. 5 § RB vilandeförklara senare ansökningar i väntan på att ansökningar som inkommit tidigare prövas. Trots att det saknas en överenskommelse har det i praxis bedömts möjligt att föreskriva villkor för enskilda projektörer med stöd av 16 kap. 11 § MB som innebär att två eller flera projektörer tvingas dela på samma påverkansområde.<sup>303</sup> Möjligheten att tillämpa 16 kap. 11 § MB utvecklas mer i avsnitt 3.3.3.2.

---

<sup>297</sup> Se MÖD 2016:4; jfr Michanek & Zetterberg (2021) s. 428.

<sup>298</sup> Se avsnitt 3.3.2; jfr MÖD 2016:4.

<sup>299</sup> Se Kruse, Miljöbalken (1998:808) 16 kap. 8 §, Karnov (JUNO) (besökt 2021-10-22).

<sup>300</sup> Se 16 kap. 8 § MB.

<sup>301</sup> Se 16 kap. 8 § MB.

<sup>302</sup> Jfr MÖD 2011:41.

<sup>303</sup> Se MÖD 2016:4; MÖD 2016:31; MÖD 2016:32.

### 3.3.3.2 Jämkning eller företräde

Situationen att flera projektörer konkurrerar om att till exempel nyttja samma vindflöde (vindkraftverk) eller vatten (vågkraft) inom samma allmänna vattenområde är enligt förarbeten förutsedd med 16 kap. 11 § MB.<sup>304</sup> Av 16 kap. 11 § MB följer att om tillstånd till skilda verksamheter enligt miljöbalken prövas samtidigt och verksamheterna på grund av att de berör samma naturresurs eller av någon annan orsak inte kan utövas vid sidan av varandra i enlighet med ansökningarna, ska verksamheterna jämkas så att de kan komma till stånd utan väsentlig nackdel för någon av dem. Om jämkning inte kan genomföras, ska företräde ges åt den verksamhet som bäst stämmer överens med 3 kap. MB. Bestämmelsen är inte tillämplig i förhållande till redan lagakraftvunna tillstånd men synes i övrigt kunna tillämpas vid utvinnings- och omgivningskonkurrens när skilda verksamheter prövas samtidigt.<sup>305</sup> Med stöd av 16 kap. 11 § MB kan domstolen genom en samordnad materiell prövning fastställa den samlade miljöpåverkan från flera anläggningar och pröva förutsättningarna för att utöva anläggningarna vid sidan av varandra.<sup>306</sup>

Om det är möjligt att jämka flera verksamheter har det i förarbetena angivits att det ofta torde vara lämpligt att försöka ena parterna om en förlikning.<sup>307</sup> Mark- och miljööverdomstolen har dock i ett mål där två aktörer avtalat om uttag av vatten från ett grundvattenmagasin konstaterat att möjligheten för domstolen att stadfästa en sådan överenskommelse är begränsad.<sup>308</sup> För det första eftersom det inte är möjligt för domstolen att i en tillståndsdom besluta om försiktighetsåtgärder som avser annan än projektören, för det andra eftersom det skulle undergräva domstolens utredningsskyldighet i ansökningsmålen.<sup>309</sup>

I doktrin och förarbeten indikeras att 16 kap. 11 § MB endast gäller vid mål om tillstånd för verksamheter som handläggs gemensamt i en och samma rättegång enligt 21 kap. 3 § MB.<sup>310</sup> Utifrån hur domstolen har tolkat 21 kap. 3 § MB skulle det innebära att 16 kap. 11 § MB inte kan tillämpas när två ansökningar om tillstånd handläggs parallellt. Domstolen har i MÖD 2011:41 uttalat att det med stöd av 21 kap. 3 § MB inte är möjligt att pröva

---

<sup>304</sup> Se SOU 2008:86 s. 276; jfr även Michanek & Zetterberg (2021) s. 422.

<sup>305</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen dom den 19 december 2013 i mål nr M 6740-12 – I målet konstaterade domstolen att 16 kap. 11 § MB inte är tillämplig i förhållande till redan lagakraftvunna tillstånd.

<sup>306</sup> Se Mark- och miljööverdomstolens dom den 19 december 2013 i mål nr M 6740-12.

<sup>307</sup> Se prop. 1997/98:45 del 2 s. 211; Bengtsson (2021) s. 2 – Bengtsson uppmärksammar ett fall där två projektörer med rådighet inom samma område ansökt om att få uppföra en vindkraftspark inom samma område. De två projektörerna enades under ett bolag inför prövningen i mark- och miljödomstolen och lämnade endast en ansökan in.

<sup>308</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen dom den 20 juni 2016 i mål nr M 9326-15.

<sup>309</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen dom den 20 juni 2016 i mål nr M 9326-15.

<sup>310</sup> Se prop. 1997/98:45 del 2 s. 211; Kruse, Miljöbalken (1998:808) 16 kap. 11 §, Karnov (JUNO) (besökt 2021-10-10); Wik, Miljöbalken (1998:808) 16 kap. 11 §, Lexino 21 juni 2021 (JUNO) (besökt 2021-10-10).

flera mål gemensamt när tillstånden avser olika projektörer.<sup>311</sup> Det är tveksamt om tillämpningen av 16 kap. 11 § MB verkligen förutsätter att ansökningarna handläggs i en och samma rättegång enligt 21 kap. 3 § MB. Enligt ordalydelsen i 16 kap. 11 § MB krävs endast att verksamheterna prövas samtidigt.<sup>312</sup> Ett krav på att ansökningarna handläggs i en och samma rättegång enligt 21 kap. 3 § MB skulle inskränka betydelsen av 16 kap. 11 § MB på ett sådant sätt att bestämmelsens funktion att reglera konkurrens om en naturresurs i praktiken går förlorad. I praxis verkar dessutom domstolen utgå från att det är tillräckligt att tillståndsansökningarna är uppe för prövning samtidigt.<sup>313</sup> Bestämmelsen 16 kap. 11 § MB möjliggör för en samlad prövning av flera motstående enskilda och allmänna intressen. Ett alltför begränsat tillämpningsområde för 16 kap. 11 § MB är därför inte heller förenligt med intresset av att kunna väga olika intressen mot varandra vid tillståndsprövningen.<sup>314</sup> Om handläggning i gemensam rättegång ändå anses utgöra en förutsättning för prövning enligt 16 kap. 11 § MB kan det argumenteras för att kumulation är fortsatt möjligt med stöd av 14 kap. 6 § RB även om ansökningarna avser olika projektörer.<sup>315</sup>

Av bestämmelsen framgår inte vilka principer som ska vara utslagsgivande när domstolen jämkar verksamheter. Ska domstolen till exempel utgå från vad som medför en rättvis fördelning av den aktuella resursen eller vad som ur miljösynpunkt är mest lämpligt. Enligt ordalydelsen i 16 kap. 11 § MB är jämkning utesluten först om båda verksamheterna inte kan få tillstånd utan väsentlig nackdel för någon av dem. Med väsentlig nackdel avses rimligen att en verksamhet inte längre kan bedrivas på ett meningsfullt sätt. I 16 kap. 11 § MB anges även att om en jämkning inte kan göras ska företräde ges åt den verksamhet som bäst överensstämmer med 3 kap. MB. Formuleringen antyder att jämkning inte behöver ske på ett sätt som bäst överensstämmer med 3 kap. MB och att 16 kap. 11 § MB därmed skulle utgöra ett undantag från 3 kap. MB. Det är oklart om 16 kap. 11 § MB verkligen bör tolkas på ett sätt som gör det möjligt att åsidosätta annars gällande krav enligt miljöbalken. Avsnitt 4.3.3 sammanställer innebörden av 16 kap. 11 § MB i detta avseende.

I likhet med vad som ovan poängterats ska, om jämkning inte är möjligt, företräde ges åt den verksamhet som bäst överensstämmer med 3 kap. MB. Enligt den grundläggande avvägningsregeln 3 kap. 1 § MB ska områden användas för det eller de ändamål som området är bäst lämpat för med hänsyn till områdets beskaffenhet, läge och föreliggande behov. Vidare följer av bestämmelsen att företräde ska ges åt en sådan användning som

---

<sup>311</sup> Se MÖD 2011:41 med hänvisning till Mark- och miljööverdomstolen dom den 17 april 2008 i mål nr M 3160-08.

<sup>312</sup> Jfr även Mark- och miljööverdomstolens dom den 19 december 2013 i mål nr M 6740-12.

<sup>313</sup> Se Mark- och miljööverdomstolen dom den 19 december 2013 i mål nr M 6740-12; MÖD 2016:4; MÖD 2016:31; MÖD 2016:32.

<sup>314</sup> Se NJA 2010 s. 690; Mark- och miljööverdomstolen dom den 14 december 2018 i mål nr M 4517-17.

<sup>315</sup> Se för denna uppfattning avsnitt 2.2.3.

medför en från allmän synpunkt god hushållning.<sup>316</sup> Det är oklart hur domstolen i det enskilda fallet skulle fastställa vilken verksamhet som bäst överensstämmer med 3 kap. MB när två verksamheter främjar samma ändamål.<sup>317</sup> För att hänvisningen till 3 kap. MB ska vara vägledande vid prövningen av verksamheter som uppfyller samma ändamål och avser nyttja samma område förefaller det rimligt att kunna beakta hur väl en verksamhet uppfyller sitt eget ändamål. Hur väl en verksamhet uppfyller sitt eget ändamål skulle i så fall vara en omständighet att beakta tillsammans med övriga praktiska och ekonomiska konsekvenserna av en viss användning.<sup>318</sup> En sådan tolkning förefaller även nödvändig för att företräde enligt 3 kap. 1 § MB ska kunna ges till den verksamhet som medför en från allmän synpunkt god hushållning.<sup>319</sup> Tillstånd bör därför till exempel kunna nekas en mindre vindkraftsanläggning inom ett område som bedömts lämpligt för energiproduktion med argumentet att en mindre anläggning inte innebär en effektiv markanvändning utifrån att ändamålet att skydda områdets samlade värde för energiproduktion. Om området är lämpligt för energiproduktion finns även anledning att beakta 3 kap. 8 § MB som anger att ett sådant område ska skyddas mot åtgärder som påtagligt försvårar för tillkomsten eller nyttjandet av anläggningar för energiproduktion. Att tillåta energianläggningar som försvårar för ett optimalt nyttjande av ett sådant område förefaller därmed inte förenligt med bestämmelsens skyddsintresse.<sup>320</sup> Att inom ramen för 3 kap. MB kunna beakta hur väl en verksamhet nyttjar ett område för utvinning av förnybar energi är sannolikt även nödvändigt för att den EU-rättsliga principen om energieffektivitet först ska få genomslag.<sup>321</sup>

Sammanfattningsvis bör det vara möjligt att med stöd av 3 kap. 1 § MB, via 16 kap. 11 § MB, ge företräde åt den verksamhet som är mest lämpad för utvinning av förnybar energi inom ett visst område efter att möjligheterna till jämkning har uttömts. Det är vidare relevant att i det följande undersöka om det med stöd andra bestämmelser i miljöbalken, oberoende av tillämpligheten av 16 kap. 11 §, är möjligt att ge företräde åt den verksamhet som är mest lämpad för utvinning av förnybar energi inom ett område.

De centrala hänsyns- och hushållningsreglerna som aktualiseras vid tillståndsprövningen är utformade för att fastställa nödvändiga begränsningar av en verksamhet med hänsyn till eventuell negativ påverkan på människors hälsa och miljön och motstående intressen.<sup>322</sup> Vid tillståndsprövningen ska hänsyn inte tas till påverkan från verksamheter som

---

<sup>316</sup> Se närmare avsnitt 2.2.5.

<sup>317</sup> Jfr prop. 1985/86:3 s. 47, 154 och prop. 1997/98:45 del 2 s. 29 f., 211 där frågan inte uppmärksammas.

<sup>318</sup> Se närmare avsnitt 2.2.5.

<sup>319</sup> Jfr Michanek (1990) s. 529.

<sup>320</sup> Jfr avsnitt 3.3.3.1 och hänvisningen till Mark- och miljödomstolen dom vid Nacka Tingsrätt 16 juni 2020 i mål nr M 2579-19.

<sup>321</sup> Se art. 15 förnybarhetsdirektivet; jfr avsnitt 2.2.3.

<sup>322</sup> Se 2–4 kap. MB och närmare avsnitten 2.2.4 och 2.2.5.

endast är planerade och inte tillståndsgivna.<sup>323</sup> Av 2 kap. MB följer bland annat att projektörer som önskar etablera en förnybar energianläggning ska välja en plats och utforma sin verksamhet på ett sätt som är lämplig med hänsyn till att ändamålet ska kunna uppnås med minsta intrång och olägenhet för människors hälsa och miljön.<sup>324</sup> Det saknas dock utrymme, att inom ramen för 2 kap. MB, fastställa vilken verksamhet som är mest lämpad för utvinning av förnybar energi inom ett visst område och lämna företräde åt den verksamheten.

Utifrån att det är osannolikt att de verksamheter som prövas samtidigt är helt identiska torde det, med hänsyn till ovan fördiskussion om 3 kap. 1 § MB, vara möjligt att utifrån 3 kap. MB fastställa vilken verksamhet som är mest lämpad för ett visst område och medför en från allmän synpunkt god hushållning.<sup>325</sup> Att ge företräde åt den verksamhet som bäst överensstämmer med 3 kap. MB innan möjligheterna att jämka verksamheter har utretts verkar dock inte förenligt med ordalydelsen i 16 kap. 11 § MB. Det är vidare osäkert om det är processrättsligt möjligt att med stöd av 3 kap. 1 § MB, inom ramen för en individuell tillståndsprövning, ge företräde åt en verksamhet framför en annan.

Det har i vindkraftsdebatten hävdats att domstolen, inom ramen för nuvarande regelverk, saknar möjlighet att vid tillståndsprövningen fastställa hur tillgången till allmänt vattenområde ska fördelas. Det skulle istället vara upp till de projektörer som medgivits tillstånd inom samma område att komma överens om den närmare fördelningen.<sup>326</sup> Det finns flera omständigheter som talar mot ett utfall där projektörerna själva behöver komma överens om den närmare fördelningen. För det första verkar ett sådant synsätt inte förutsätta en fullgod bedömning av den sammanlagda och kumulativa miljöpåverkan som en tillkommande verksamhet kan ha i ett område. Om den samlade miljöpåverkan inte beaktas skulle domstolen försumma sin egen utredningsskyldighet.<sup>327</sup> För det andra saknar domstolen möjlighet att tillåta en tillkommande verksamhet i ett redan exploaterat område om det leder till en otillåten påverkan på människors hälsa och miljön. När en verksamhet har fått tillstånd ska påverkan från den tillståndsgivna verksamhet beaktas när förutsättningarna för att bevilja ytterligare ett tillstånd på samma område utreds. Detta borde i praktiken begränsa möjligheten för domstolen att meddela flera tillstånd på samma område, se närmare ovan avsnitt 3.3.2. För det tredje är utfallet olämpligt eftersom det skulle kunna generera långdragna konflikter mellan projektörer efter tillståndsprövningen. Sådana konflikter bör undvikas om en effektiv utbyggnad av förnybar energi ska garanteras.<sup>328</sup>

---

<sup>323</sup> Se MÖD 2019:5.

<sup>324</sup> Jfr avsnitt 2.2.4.

<sup>325</sup> Jfr 3 kap. 1 § MB.

<sup>326</sup> Se Carlsson (2021), Vindparker till havs kan tvingas krympa – Försvarsmakten har invändningar. Gefle Dagblad, 3 december 2021 (besökt 2021-12-10).

<sup>327</sup> Se avsnitt 2.2.3.

<sup>328</sup> Se sektion 1.1 och hänvisning till bland annat MÖD 2009:32 och KOM(2020) 741 slutlig av den 19 november 2020 s. 15 f.

Möjligheten att ge företräde till en verksamhet vid tillståndsprövningen och innebörden av 16 kap. 11 § MB kommer sammanställas i sektion 4.3.

### 3.3.4 Konkurrens i förhållande till framtida verksamheter

Enligt 11 kap. 7 § MB ska en vattenverksamhet utföras så att den inte försvårar för annan framtida verksamhet som kan beröra samma vattentillgång. Uppförandet av en havsbaserad anläggning för utvinning av förnybar energi förutsätter arbete som kvalificeras som vattenverksamhet enligt 11 kap. MB. Det finns därför anledning att närmare utreda förutsättningarna för att kunna begränsa omfattningen av en anläggning med hänsyn till andra anläggningar som i framtiden kan beröra samma vattenområde.<sup>329</sup>

Genom 11 kap. 7 § MB kan krav på ändring av utförandet av den aktuella verksamheten eller dess omfattning ställas.<sup>330</sup> Det har med stöd av bestämmelsen till exempel bedömts motiverat att tidsbegränsa ett tillstånd för uttag av grundvatten med hänsyn till stor konkurrens om vattentillgången, osäkerhet rörande klimatförändringens påverkan på tillgången och en framtida teknikutveckling.<sup>331</sup> Vid bedömningen av om det är motiverat att tidsbegränsa ett villkor ska den enskildes berättigade intresse av att erhålla tillstånd som är så omfattande i tiden att inte gjorda investeringar går förlorade vägas mot miljöhänsyn och svårigheten att bedöma hur en verksamhet på lång sikt kan påverka omgivningen.<sup>332</sup>

För att hänsyn ska tas till en framtida verksamhet krävs att vissa förutsättningar är uppfyllda. För det första krävs att det konstaterats att den verksamhet som prövas kan försvåra för en framtida verksamhet.<sup>333</sup> Förarbeten har uppgett en ungefärlig tidsgräns på tio år för att en verksamhet ska vara relevant att beakta.<sup>334</sup> För det andra ska den framtida verksamheten främja allmänna eller enskilda ändamål. I förarbeten uppges att kravet på att den framtida verksamheten ska främja allmänna eller enskilda ändamål innebär att hänsyn endast ska tas till verksamheter som är av vikt.<sup>335</sup> En närmare precisering av vilka verksamheter som främjar allmänna eller enskilda ändamål saknas. En anläggning som utvinnet förnybar energi bör dock kunna vara en sådan verksamhet.<sup>336</sup>

---

<sup>329</sup> Se närmare avsnitt 2.2.3.

<sup>330</sup> Jfr MÖD 2013:39; prop. 1997/98:45 del 2 s. 130.

<sup>331</sup> Se MÖD 2013:39; Bengtsson (2021) s. 2.

<sup>332</sup> Se MÖD 2013:39.

<sup>333</sup> Se Mark- och miljööverdomstolens dom den 26 januari 2017 i mål nr M 1538-16.

<sup>334</sup> Se prop. 1997/98:45 del 2 s. 130.

<sup>335</sup> Se prop. 1997/98:45 del 2 s. 130.

<sup>336</sup> Jfr MÖD 2010:38 och MÖD 2009:48 – Mark- och miljööverdomstolen har uttryckligen angett att förnybar energi kan bidra till att uppnå miljöbalkens mål om hållbar utveckling.

Omständigheten att ett område skulle vara utpekad som lämpligt för energiutvinning är dock sannolikt inte ensamt tillräckligt för att hänsyn ska tas till framtida energianläggningar.<sup>337</sup> För det tredje är bestämmelsen endast tillämplig om den verksamhet som prövas kan anpassas till en framtida verksamhet utan oskälig kostnad. I förarbetena har även angetts att det åligger den som i framtiden önskar nyttja den aktuella vattentillgången att vara aktiv vid prövningen av den först planerade verksamheten.<sup>338</sup>

Bestämmelsen 11 kap. 7 § MB torde vara tillämplig både i förhållande till utvinnings- och omgivningskonkurrens. Avsnitt 4.3.4 kommer sammanfatta hur rätten att utvinna energi inom ett område fördelas vid tillståndsprövningen i förhållande till framtida verksamhet.

---

<sup>337</sup> Jfr Michanek (1990) s. 382.

<sup>338</sup> Se prop. 1997/98:45 del 2 s. 130.

# 4 Fördelning av möjligheten att utvinna förnybar energi inom allmänt vattenområde

## 4.1 Inledning

Uppsatsen har redogjort för att antalet områden som är lämpliga för förnybar energi är begränsade till antal och omfattning. I takt med att kapplöpningen om det allmänna vattenområdet intensifieras behöver domstolarna i större utsträckning ta ställning till hur konkurrerande anspråk på att uppföra anläggningar för utvinning av förnybar energi ska hanteras. Frågan är om domstolen kan hantera konkurrens vid tillståndsprövning och i så fall hur detta ska göras. Ett ställningstagande hade underlättats av ett kongruent regelverk som fastslår det allmänna vattenområdets rättsliga status och ger tydlig vägledning för hur domstolen ska hantera konkurrerande anspråk vid tillståndsprövningen. En möjlig förklaring till varför ett sådant regelverk inte finns idag är att lagstiftaren har underskattat kommersiella aktörers intresse av det allmänna vattenområdet.

Detta kapitel sammanställer hur domstolen sannolikt kommer att hantera konkurrerande anspråk vid tillståndsprövningen. Sektion 4.2 fastställer om det föreligger hinder mot att domstolen prövar flera ansökningar om tillstånd för att etablera anläggningar för havsbaserad förnybar energi inom samma allmänna vattenområde. Sektion 4.3 redogör för hur möjligheten att utvinna förnybar energi inom samma allmänna vattenområde fördelas vid tillståndsprövningen. Avslutningsvis sammanställer sektion 4.4 vilken betydelse miljöbalkens syfte att främja en hållbar utveckling har för hur tillståndsprövningen hanterar konkurrens om att utvinna förnybar energi inom samma allmänna vattenområde. Sektion 4.5 sammanfattar analysen.

Gällande rätt, i den mån rättsläget är osäkert, fastställs nedan utifrån en systematisk och ändamålsenlig tolkning av lagstiftningen.<sup>339</sup> Tolkningen utgår från miljöbalkens syfte att främja en hållbar utveckling och görs mot bakgrund av de övergripande intressen och principer som styr processen och tillståndsprövningen. Reglerna som styr tillståndsprövningen ska till exempel tolkas på ett sätt som möjliggör en avvägning mellan olika intressen och hänsyn till samtliga miljökonsekvenser av en verksamhet.

Tillståndsprövningen måste även utformas på ett sätt som garanterar en rättssäker, förutsägbar och effektiv tillståndsprövning. Principen om energieffektivitet först stadgad i förnybarhetsdirektivet bör även få genomslag.<sup>340</sup>

---

<sup>339</sup> Se avsnitt 1.3.

<sup>340</sup> Se avsnitt 2.2.3.

## 4.2 Fördelning inför tillståndsprövningen

För att en ansökan om vattenverksamhet ska tas upp till prövning måste projektören i regel ha rådighet över vattnet inom det område där verksamheten ska bedrivas. Inom allmänt vattenområde har rådighet till vatten traditionellt sett beviljats av Kammarkollegiet genom ett rådighetsmedgivande. Ett rådighetsmedgivande innebär inte en ensamrätt till ett område utan Kammarkollegiet lämnar medgivanden utan hänsyn till om någon sedan tidigare innehar rådighet över vattenområdet. Flera projektörer kan därför ha rådighet inom samma område och ansöka om tillstånd för att uppföra anläggningar för utvinning av förnybar energi inom samma område. För att besvara frågan om rådighetskravet hindrar en tillståndsansökan från att tas upp till prövning är det rimligt att först ta ställning till om ett rådighetsmedgivande från Kammarkollegiet överhuvudtaget utgör en processförutsättning.

Det kan argumenteras för att varken staten eller någon annan har rådighet över allmänt vattenområde och att det därför saknas rättsligt stöd för staten att lämna rådighetsmedgivande.<sup>341</sup> I så fall skulle rådighetskravet som processförutsättning i praktiken falla bort och vem som helst, förutsatt att tillämplig lag efterföljs, skulle kunna nyttja området. Den rättsliga grunden för statens befogenhet på det allmänna vattenområdet är oklar. En lång tradition av lämnade medgivanden talar dock för att både myndigheter och projektörer godtagit att staten innehar rådighet över det allmänna vattenområdet och därigenom har rätt att överlämna rådigheten till andra. Kammarkollegiet, i egenskap av företrädare för staten, verkar således ha tillerkänts befogenhet att styra över vilka verksamheter som får råda över det allmänna vattenområdet.<sup>342</sup> Trots detta har befogenheten inte utnyttjats för att undvika konkurrens på området eller för att säkerställa en användning av området som är förenlig med en hållbar utveckling. Det saknas även anledning att anta att Kammarkollegiet skulle ändra sitt sätt att förfara utan ett förtydligande i lag. Antagandet överensstämmer med den osäkerhet som uttryckts i förarbetena kring Kammarkollegiets befogenheter på området och behovet av ett förtydligande i lag för att ta ut en avgift för nyttjandet av området.<sup>343</sup>

Det saknas svar i rättskällorna för hur rådighetskravet ska förstås inom allmänt vattenområde och vad som utgör en tillräcklig processförutsättning när flera innehar rådighet på samma område.<sup>344</sup> Ett krav på att projektörer innehar ensam rådighet över vattnet hade hindrat domstolen från att pröva flera ansökningar om tillstånd inom samma allmänna vattenområde.<sup>345</sup> En

---

<sup>341</sup> Se avsnitten 2.3.2 och 2.3.3.

<sup>342</sup> Se avsnitt 2.3.4.

<sup>343</sup> Se avsnitt 2.2.1.

<sup>344</sup> Se sektion 3.2.

<sup>345</sup> Se avsnitt 3.2.2.

bedömning av rådighet utifrån vem som först ansökt om rådighetsmedgivande eller tillstånd skulle också begränsat domstolens möjlighet att pröva flera ansökningar om tillstånd inom samma allmänna vattenområde.<sup>346</sup>

Mot att rättegångshinder föreligger, när projektören saknar ensam rådighet på området eller inte är först om att ansöka, talar intresset av att möjliggöra för en objektiv bedömning i domstol där en avvägning kan göras mellan enskilda och allmänna intressen. Om ansökningar hindras från att tas upp till prövning saknar domstolen möjlighet att transparent pröva förutsättningarna för att bevilja tillstånd till flera aktörer inom samma område. Att hindra ansökningar från att tas upp till prövning skulle därför kunna leda till ett utfall oförenligt med en hållbar utveckling och principen om energieffektivitet först. Dessutom finns regler i miljöbalken utformade för att lösa konflikter mellan aktörer som önskar nyttja samma resurs, se främst 11 kap. 7 § MB och 16 kap. 11 § MB som diskuteras i sektion 4.3. Att förhindra en tillståndsprövning skulle inskränka betydelsen av dessa bestämmelser på ett sätt som lagstiftaren antagligen inte avsett.

Det förefaller istället mer sannolikt att domstolen skulle ta upp en ansökan till prövning trots att flera innehar rådighet över vattnet och oberoende av vem som först ansökt om rådighetsmedgivande eller tillstånd. Flera ansökningar om att nyttja samma område skulle därmed också kunna prövas samtidigt. Domstolen skulle kunna ta upp ansökan för prövning antingen med argumentet att ett rådighetsmedgivande i sig utgör en tillräcklig processförutsättning eller för att pröva om den rådighet som föreligger är tillräcklig i det enskilda fallet. Att ta upp en ansökan till prövning trots att rådigheten är delad mellan flera skulle dock reducera rådighetskravets betydelse som processförutsättning och möjligheten att klarlägga rättsförhållandena på området innan process inleds. Mot bakgrund av att skälen för att behålla rådighetskravet har bedömts som svaga förefaller en sådan reduktion inte orimlig.<sup>347</sup>

## 4.3 Fördelning vid tillståndsprövningen

### 4.3.1 Fördelningen

Beroende på förhållandena i det enskilda fallet – naturförhållanden, förekomsten av motstående markanvändningsintressen samt omfattningen av befintliga och planerade verksamheter inom ett område – varierar anledningen till varför konkurrens uppkommer mellan två skäl. Ett första skäl är att ytterligare utvinning inom ett område kan begränsa andra aktörers energiproduktion (utvinningskonkurrens). Ett andra skäl är att ytterligare utvinning inom ett område kan begränsa andra aktörers utrymme att störa

---

<sup>346</sup> Se avsnitt 3.2.5.

<sup>347</sup> Se avsnitt 2.3.3.

omgivningen (omgivningskonkurrens).<sup>348</sup> Oavsett om konkurrens uppkommit med anledning av det första skälet, det andra skälet eller av båda skälen behöver domstolen ta ställning till hur området ska få användas om inte samtliga aktörer kan utvinna energi inom samma område utan att begränsa varandras möjligheter till utvinning. Utvinnings- och omgivningskonkurrens behandlas gemensamt i den fortsatta analysen.

Ett syfte med uppsatsen är att utreda på vilket sätt miljöbalkens syfte att främja en hållbar utveckling påverkar hur möjligheten att använda det allmänna vattenområdet fördelas vid tillståndsprövningen. Avsnitten nedan uppmärksammar därför regler och principer som begränsar möjligheten att säkerställa en användning av det allmänna vattenområdet som är förenlig med miljöbalkens syfte.<sup>349</sup> För att utreda vilket inflytande miljöbalkens syfte har, identifieras i stycket nedan hur en fördelning behöver se ut för att en hållbar utveckling ska säkerställas genom tillståndsprövningen.

En fördelning utifrån intresset av att främja en hållbar utveckling behöver – oavsett om konkurrens råder i förhållande till en redan tillståndsgiven, en samtida eller framtida verksamhet – rimligen kunna säkerställa att endast den eller de anläggningar som utifrån ett långsiktigt perspektiv mest effektivt nyttjar ett område får bedrivas. Effektivt nyttjande av ett område avser dels att energianläggningen genererar en hög elproduktion, dels att energianläggningen har en liten påverkan på människors hälsa, miljön och motstående markanvändningsintressen.<sup>350</sup> Vilken utvinning som är mest effektiv torde behöva fastställas i det enskilda fallet med hänsyn till omfattningen av den sökta verksamheten i relation till förhållandena på vattenområdet, så som förekomsten av vindströmmar och naturvärden. Att fördela möjligheten att använda ett område lika mellan aktörer eller utifrån vem som först ansöker om tillstånd säkerställer inte att det allmänna vattenområdet används på ett sätt som är förenligt med en hållbar utveckling.<sup>351</sup> Endast en fördelning utifrån vilken användning som i det enskilda fallet är mest effektiv ur ett långsiktigt perspektiv verkar kunna säkerställa en fördelning förenlig med en hållbar utveckling.

Uppsatsen har utifrån ett tidsperspektiv utrett hur konkurrens om att utvinna förnybar energi hanteras vid tillståndsprövningen i förhållande till en redan tillståndsgiven verksamhet, en samtida verksamhet och en framtida verksamhet. Förhållningssättet tillämpas i avsnitten nedan för att analysera hur möjligheten att utvinna förnybar energi inom samma allmänna vattenområde sannolikt fördelas vid tillståndsprövningen. Det har dock hävdats att det inte är möjligt att vid tillståndsprövningen fördela tillgången till allmänt vattenområde mellan flera projektörer.<sup>352</sup> Domstolen ska vid

---

<sup>348</sup> Se avsnitt 3.3.1.

<sup>349</sup> Se avsnitt 2.1.3 angående kontraproduktiva element.

<sup>350</sup> Se 1 kap. 1 § MB och 3 kap. 1 § MB; jfr avsnitten 2.1.3 och 2.2.5.

<sup>351</sup> Jfr lösningarna som förespråkas i 2 kap. 3 § minerallagen, 4 kap. 3 § minerallagen och 7 § kontinentalsockellagen respektive 9 kap. 6 § LVS.

<sup>352</sup> Se avsnitt 3.3.3.2.

tillståndsprövningen utreda kumulativa effekter från den tillkommande verksamheten tillsammans med effekter från eventuell befintlig exploatering i omgivningen för att fastställa om en tillkommande verksamheten kan tillåtas och i så fall med vilka villkor. Det är osannolikt att domstolen vid konkurrens mellan verksamheter kan avstå från att utreda flera verksamheters påverkan på omgivningen och bevilja tillstånd till flera anläggningar för utvinning av förnybar energi trots att det skulle kunna leda till en otillåten påverkan på omgivningen. Att överlämna den närmare fördelningen till konkurrerande projektörer skulle sammantaget omöjliggöra en fullgod bedömning av flera verksamheters samlade miljöpåverkan och undergräva domstolens utredningsskyldighet.

### 4.3.2 Tillståndsgiven verksamhet

Att det redan finns en tillståndsgiven verksamhet i närområdet utgör inget direkt hinder mot att en ny anläggning får tillstånd för utvinning av förnybar energi. En tillståndsgiven verksamhet kan dock begränsa det tillåtna utrymme som den nya verksamheten har för att påverka omgivningen. Vid prövningen av den nya verksamheten ska domstolen nämligen ta hänsyn till påverkan från redan tillståndsgivna verksamheter i området.<sup>353</sup>

Om ett område är utpekad som lämpligt för energiproduktion ska domstolen även ta hänsyn till om den nya verksamheten påtagligt försvårar för befintliga anläggningar för energiproduktion i enlighet med 3 kap. 8 § MB. För att undvika en sådan påverkan kan domstolen sannolikt, med stöd av 3 kap. 1 § MB, kräva att den nya verksamheten lokaliseras eller begränsas på ett sätt som möjliggör för en delad användning av området.

Eftersom det inte är säkert att den eller de befintliga verksamheterna på ett effektivt sätt utnyttjar det aktuella området för att utvinna förnybar energi finns en risk att en mer effektiv verksamhet nekas tillstånd eller medges villkor som begränsar verksamhetens omfattning. De begränsade möjligheterna att återkalla och ompröva tillståndsgivna verksamheter enligt 24 kap. MB påverkar också möjligheten att säkerställa att utrymme ges åt den verksamhet som mest effektivt nyttjar det aktuella området.<sup>354</sup> Möjligheten att fördela tillgången till ett område mellan en ny verksamhet och en redan tillståndsgiven verksamhet, på ett sätt som är förenligt med en hållbar utveckling, är således begränsad. Fördelningen bidrar dock till att upprätthålla rättssäkerhet vid tillståndsprövningen genom att skydda tillståndsinnehavares intresse av att kunna bedriva sin verksamhet på ett förutsägbart sätt.

---

<sup>353</sup> Se avsnitt 3.3.2.

<sup>354</sup> Se avsnitt 3.3.2.

### 4.3.3 Samtida verksamhet

Med samtida verksamheter avses nedan verksamheter som prövas samtidigt i domstol utan att det nödvändigtvis sker inom ramen för samma rättegång. Mark- och miljööverdomstolen har avfärdat tanken på att pröva konkurrerande samtida verksamheter enligt en turordning utifrån vilken ansökan som först inkommit till domstolen.<sup>355</sup> Domstolen borde därför, mot bakgrund av ansökningarna och utredningen i respektive mål, primärt handlägga ansökningarna parallellt.

En grundläggande princip vid tillståndsprövningen är att det ska ske en för varje anläggning individuell prövning utifrån en bestämd lokalisering. Det är projektören som genom sin ansökan anger ramarna för tillståndsprövningen.<sup>356</sup> En inledande individuell prövning av de verksamheter som handläggs samtidigt kan reducera antalet verksamheter relevanta för samma område. Tillstånd beviljas till exempel inte om verksamheten medför en otillåten olägenhet för miljön.<sup>357</sup> Vid en individuell prövning ska hänsyn inte tas till påverkan från andra planerade samtida verksamheter.<sup>358</sup> Domstolen kan dock behöva ta ställning till påverkan från redan tillståndsgivna verksamheter (se avsnitt 4.3.2) och hur framtida verksamheter påverkas av ett beviljat tillstånd (se avsnitt 4.3.4). Om projektörerna är överens finns även vissa möjligheter att föreskriva gemensamma villkor enligt 16 kap. 8 § MB.<sup>359</sup> Först om det konstaterats att verksamheterna kan tillåtas var för sig bör det vara aktuellt att utreda hur möjligheten att använda vattenområdet ska fördelas mellan projektörer vars verksamheter prövas samtidigt.

Ett område ska användas för det eller de ändamål området är mest lämpat för och företräde ska ges sådan användning som medför en från allmän synpunkt god hushållning. Inom ramen för tillståndsprövningen bör domstolen även kunna ta hänsyn till vilket utfall som leder till en effektiv energiförsörjning, överföring och distribution av energi i enlighet med principen om energieffektivitet först. För att domstolen ska kunna ta hänsyn till dessa överväganden finns anledning för domstolen att genomföra en samordnad tillståndsprövning när flera verksamheter prövas samtidigt. Vid en samordnad prövning bör den samlade och kumulativa påverkan på omgivningen från flera verksamheter som prövas samtidigt kunna beaktas. Om verksamheterna inte kan utövas vid sidan av varandra på ett sätt som är förenligt med miljöbalken bör verksamheterna i enlighet med 16 kap. 11 § MB i första hand jämkas så att de kan komma till stånd utan väsentlig nackdel för någon av dem. Det har i avsnitt 3.3.2.2 konstaterats att bestämmelsen bör vara tillämplig när två verksamheter prövas samtidigt även om verksamheterna inte handläggs i en och samma rättegång. För att

---

<sup>355</sup> Se avsnitt 3.3.3.1 med hänvisning till MÖD 2016:4.

<sup>356</sup> Se avsnitt 2.2.3.

<sup>357</sup> Se avsnitten 2.2.4 och 2.2.5.

<sup>358</sup> Se avsnitt 3.3.2 med hänvisning till MÖD 2019:5.

<sup>359</sup> Se avsnitt 3.3.3.1.

handläggningen av ansökningsmål inte ska kunna bli för lång finns dock anledning att begränsa tillämpligheten av 16 kap. 11 § MB till ansökningar som projektörer lämnat in vid ungefär samma tidpunkt eller som domstolen bedömer har förutsättningar för att bli klara för avgörande vid ungefär samma tidpunkt.

Vid en samordnad prövning saknar domstolen möjlighet att gå utanför ramen för tillståndsansökningarna och döma över annat än vad som föreskrivs i en ansökan, om inte projektören först ändrar sin ansökan. Om en ansökan inte är utformad på ett sätt som möjliggör för en ändamålsenlig prövning ska domstolen avvisa ansökan.<sup>360</sup> En annan sak är att det genom tillståndsvillkoren är möjligt att jämka verksamheter och därigenom begränsa verksamhetens utförande och omfattning. Utifrån vilka principer jämkning ska ske framgår inte av 16 kap. 11 § MB. Det är till exempel oklart om samtliga verksamheter måste tillföras begränsande tillståndsvillkor eller om det kan accepteras att endast en av flera verksamheter får sådana villkor.<sup>361</sup> Enligt ordalydelsen i 16 kap. 11 § MB är jämkning endast uteslutet om det skulle medföra en väsentlig nackdel för någon av de samtida verksamheterna. Utöver att jämkning är uteslutet i dessa fall bör en självklar begränsning vara att jämkning ska ske på ett sätt som är förenligt med övriga bestämmelse i miljöbalken. Om avsikten varit att 16 kap. 11 § MB skulle utgöra ett undantag från de krav som annars gäller enligt miljöbalken borde detta på ett tydligare sätt framgått av bestämmelsen. Det förefaller därför rimligare att beakta 16 kap. 11 § MB som en precisering av vad som redan följer av 3 kap. MB och som en anvisning om att förutsättningarna för att utöva verksamheterna vid sidan av varandra bör utredas i första hand.

I 3 kap. 1 § MB föreskrivs att områden ska användas för det eller de ändamål för vilka områdena är mest lämpade och att företräde ska ges åt en sådan användning som medför en från allmän synpunkt god hushållning. Inom ramen för en samordnad prövning bör domstolen därför kunna utreda vilken konstellation på området som är mest lämplig för det aktuella området och medför en från allmän synpunkt god hushållning.<sup>362</sup> Det bör även vara den konstellation som är lämpligast för det aktuella området som medges tillstånd, oavsett om det innebär att tillstånd beviljas en eller flera projektörer. För att möjligheten att använda ett område bör fördelas på detta sätt talar miljöbalkens syfte eftersom det alternativ som är mest effektivt ur ett långsiktigt perspektiv kan väljas. Förfarandesättet krävs även för att hänsyn ska kunna tas till principen om energieffektivitet först.<sup>363</sup>

---

<sup>360</sup> Se avsnitt 2.2.3.

<sup>361</sup> Se avsnitt 3.3.3.2.

<sup>362</sup> Se avsnitt 3.3.3.2.

<sup>363</sup> Se avsnitt 2.2.3.

### 4.3.4 Framtida verksamhet

I 11 kap. 7 § MB föreskrivs att hänsyn ska tas till framtida verksamheter om det kan ske utan oskälig kostnad för den verksamhet som prövas. Med hänsyn till den snabba teknikutvecklingen på energiområdet förefaller det angeläget att inte omoderna och ineffektiva anläggningar tar upp plats för anläggningar som är mer lämpliga för energiproduktion.<sup>364</sup> Det kan med stöd av 11 kap. 7 § MB därför vara motiverat att till exempel tidsbegränsa tillstånd till förmån för framtida projektörer intresserade av att nyttja området.<sup>365</sup> Hänsyn till ett framtida behov av ett område ska även tas inom ramen för en avvägning enligt 3 kap. 1 § MB. Att områden som är lämpliga för energiproduktion ska åtnjuta visst skydd följer dessutom av 3 kap. 8 § MB.

Det utrymme som 11 kap. 7 § MB medger kan användas för att ta hänsyn till att områden kan användas på ett sätt som är förenligt med en hållbar utveckling. Möjligheten att beakta kommande generationers intressen begränsas bland annat av att hänsyn inte tas till framtida verksamheter om det innebär en oskälig kostnad för den verksamhet som prövas. En annan begränsning är att det sannolikt krävs att den som i framtiden avser etablera en verksamhet bevakar sin egen rätt och invänder mot den verksamhet som tillståndsprövas.<sup>366</sup>

## 4.4 En hållbar utveckling

En användning av det allmänna vattenområdet förenlig med en hållbar utveckling kan, vid etableringen av havsbaserade anläggningar för utvinning av förnybar energi, i teorin säkerställas på två sätt. För det första genom att endast verksamheter som främjar en hållbar utveckling beviljas rådighetsmedgivande. För det andra genom en tillståndsprövning som säkerställer att det allmänna vattenområdet endast används på ett sätt som främjar en hållbar utveckling.

I sektion 4.2 har konstaterats att staten inte utnyttjar möjligheten att, i egenskap av rådighetsinnehavare till allmänt vatten, säkerställa att allmänt vattenområde exploateras på ett sätt som är förenligt med en hållbar utveckling. Prövningen förskjuts istället till tillståndsprövningen. Inför en tillståndsprövning kan domstolen bli tvungen att ta ställning till om tillräcklig processrättslig rådighet föreligger. Ett argument för att domstolen bör pröva en tillståndsansökan, även om flera innehar rådighet inom samma område, är att det skulle möjliggöra för en transparent tillståndsprövning i domstol där hänsyn kan tas till miljöbalkens syfte. Rättsläget är dock oklart.

---

<sup>364</sup> Se avsnitt 2.1.1.

<sup>365</sup> Se avsnitt 3.3.4.

<sup>366</sup> Se avsnitt 3.3.4.

Möjligheten att vid tillståndsprövningen beakta miljöbalkens syfte varierar beroende på om konkurrens föreligger i förhållande till redan tillståndsgivna, samtida eller framtida verksamheter. När konkurrens om ett område föreligger mellan en ny verksamhet och en redan tillståndsgiven verksamhet är utrymmet att beakta miljöbalkens syfte begränsat med hänsyn till behovet av att säkerställa tillståndsinnehavares rättssäkerhet.<sup>367</sup> Vid prövning av verksamheter som prövas samtidigt är utrymmet att fördela rätten till området utifrån en hållbar utveckling sannolikt större. Det bör nämligen vid prövning av samtida verksamheter, som inte kan utövas vid sidan av varandra, vara möjligt att lämna företräde åt den konstellation på området som är lämpligast och medför en från allmän synpunkt god hushållning.<sup>368</sup> Att framtida verksamheter beaktas vid tillståndsprövningen innebär också att hänsyn kan tas till aspekter av betydelse för att säkerställa en hållbar utveckling. Möjligheten begränsas dock bland annat av att hänsyn endast tas till framtida verksamheter om det inte innebär en oskälig kostnad för den verksamhet som prövas.<sup>369</sup>

För att kapplöpningen om det allmänna vattenområdet inte ska leda till att områden exploateras på ett sätt som omöjliggör en hållbar utveckling finns anledning att se över regelverket. Regelverket bör utformas på ett sätt som säkerställer att en sammanhållen kontroll och prioritet inom allmänt vattenområde är möjlig.

## 4.5 Sammanfattning

Nuvarande regelverk hindrar sannolikt inte domstolen från att pröva flera ansökningar om tillstånd för att etablera en anläggning för utvinning av förnybar energi inom samma allmänna vattenområde.

Hur möjligheten att utvinna förnybar energi inom samma allmänna vattenområde fördelas vid tillståndsprövningen och vilken betydelse som miljöbalkens syfte har vid en sådan fördelning beror på om konkurrens råder i förhållande till tillståndsgivna, samtida eller framtida verksamheter.

För det första ska hänsyn tas till miljöpåverkan från tillståndsgivna verksamheter vid bedömning av om en tillkommande verksamhet kan tillåtas inom samma påverkansområde. Om ett område är lämpligt för energiproduktion bör även tillståndsgivna anläggningar inom området skyddas mot åtgärder som påtagligt försvårar nyttjandet av anläggningarna. Utrymmet att fördela användningen av ett område utifrån miljöbalkens syfte i förhållande till tillståndsgivna verksamheter vid prövning av tillkommande verksamheter är litet.

---

<sup>367</sup> Se avsnitt 4.3.2.

<sup>368</sup> Se avsnitt 4.3.3.

<sup>369</sup> Se avsnitt 4.3.4.

För det andra bör, vid prövning av verksamheter som prövas samtidigt, förutsättningarna för att jämka verksamheterna utredas om flera verksamheter inte kan utövas vid sidan av varandra i enlighet med ansökningarna. Företräde bör dock alltid ges åt den konstellation som medför en från allmän synpunkt god hushållning. Vid fastställandet av vad som utgör god hushållning medges domstolen utrymme att beakta miljöbalkens syfte.

För det tredje ska vid prövningen beaktas om den verksamhet som prövas försvårar för annan verksamhet som i framtiden kan antas beröra samma vattentillgång. Beaktandet innebär att ett långsiktigt perspektiv ska anläggas på ett sätt som är förenligt med miljöbalkens syfte. Möjligheten att ta hänsyn till vilket utfall som främjar en hållbar utveckling inskränks av att den verksamhet som prövas inte får begränsas om det innebär en oskäligen kostnad för den verksamhet som prövas.

# Käll- och litteraturförteckning

## KÄLLOR

### Otryckta källor

Mejlkorrespondens med Advokatfiskal Eva Åkerlund från Kammarkollegiet den 18 juni 2021.

### Tryckta källor

#### Offentligt tryck

*Sverige*

#### Utredningsbetänkande

SOU 1947:38 Lagberedningens förslag till jordabalken del 1.

SOU 1965:66 Kontinentalsockeln.

SOU 1977:27 Revisionen av vattenlagen.

SOU 2008:86 Prövning av vindkraft.

SOU 2009:42 Vattenverksamhet.

SOU 2010:91 Planering på djupet – fysisk planering av havet.

SOU 2014:35 I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler.

SOU 2015:10 Gränser i havet.

SOU 2021:21 En klimatanpassad miljöbalken för samtiden och framtiden.

SOU 2021:53 En rättssäker vindkraftsprövning.

#### Propositioner

Prop. 1953:212 med förslag till lag om rätt till grus- och stentäkt inom allmänt vattenområde m.m.

Prop. 1966:114 med förslag till lag om kontinentalsockeln m.m.

Prop. 1981/82:130 med förslag till ny vattenlag m.m.

Prop. 1985/86:3 med förslag till lag om hushållning med naturresurser m.m.

Prop. 1988/89:92 om ny minerallagstiftning m.m.

Prop. 1992/93:238 om ändring i minerallagen m.m.

Prop. 1997/98:45 del 1 Miljöbalk.

Prop. 1997/98:45 del 2 Miljöbalk.

Prop. 2004/05:150 Svenska miljömål – ett gemensamt uppdrag.

Prop. 2008/09:162 En sammanhållen klimat- och energipolitik.

Prop. 2009/10:155 Svenska miljömål – för ett effektivare miljöarbete.

Prop. 2009/10:215 Mark- och miljödomstolar.

Prop. 2013/14:186 Hushållning med havsområden.

Prop. 2016/17:95 Vissa åtgärder för en effektivare och mer ändamålsenlig mark- och miljöprocess.

Prop. 2017/18:228 Energipolitikens inriktning.

Prop. 2020/21:104 Mer ändamålsenliga sammansättningsregler för mark- och miljödomstolarna.

## Övrigt riksdags- och regeringstryck

Bet. 2017/18:NU22 Energipolitikens inriktning.

Rskr. 2017/18:411.

PM 2021-02-02 Minskade anslutningskostnader för elproduktion till havs.

## *Europa*

### Europiska kommissionen

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén om Blå energi: Åtgärder som behövs för att utnyttja potentialen hos havsenergin i Europas hav med resultat till 2020 och därefter, KOM(2014) 8 slutlig av den 20 januari 2014.

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén om En EU-strategi för att utnyttja potentialen i havsbaserad förnybar energi för en klimatneutral framtid, KOM(2021) 741 slutlig av den 19 november 2020.

Kommissionens rekommendationer om energieffektivitet först: från princip till praktik. Riktlinjer och exempel för att genomföra principen i beslutsprocessen inom och utanför energisektorn, KOM(2021) slutlig 7014 av den 28 september 2021.

## **Övrigt**

Carlsson, M (2021). 'Vindparker till havs kan tvingas krympa – Forsvarsmakten har invändningar.' *Gefle Dagblad*, 3 december 2021, tillgänglig på <https://www.gd.se/2021-12-03/vindparker-till-havs-kan-tvingas-krympa--forsvarsmakten-har-invandningar> (besökt 2021-12-10).

Energimyndigheten (2020). *Rådighet över vattnet*, tillgänglig på <https://www.energimyndigheten.se/fornybart/vindkraft/vindlov/planering-och-tillstand/svenskt-vatten/inledande-skede/radighet-over-vattenomrade7> (besökt 2021-09-23).

Kammarkollegiet (2010). *Företrädare av allmänt vattenområde*. Dnr 4.1-5982-10.

Kammarkollegiet (1965). *Angående allmänt vattenområde*. Dnr B I nr 566.

Nationalencyklopedin (u.å). *Förnybara energikällor*, tillgänglig på <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/fornybara-energi-kallor> (besökt 2021-09-13).

Nationalencyklopedin (u.å). *Konkurrens*, tillgänglig på [https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/konkurrens-\(2\)](https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/konkurrens-(2)) (besökt 2021-11-24).

Nationalencyklopedin (u.å). *Saltkraftverk*, tillgänglig på <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/saltkraftverk> (besökt 2021-10-21).

Nationalencyklopedin (u.å). *Temperaturgradientenergi*, tillgänglig på <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/temperaturgradientenergi> (besökt 2021-10-21).

Nationalencyklopedin (u.å). *Tidvattenkraftverk*, tillgänglig på <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/tidvattenkraftverk> (besökt 2021-10-21).

Nationalencyklopedin (u.å). *Vindkraftverk*, tillgänglig på <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/vindkraftverk> (besökt 2021-10-21).

Nationalencyklopedin (u.å). *Vågkraftverk*, tillgänglig på <http://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/vågkraftverk> (besökt 2021-10-21).

## LITTERTUR

Andreasson, K & Dahlin, J (2012). *Allmänt vatten: Ett grumligt ämne*. Lantmäteriet, LM-rapport 2012:1, tillgänglig på [https://www.lantmateriet.se/contentassets/4a728c7e9f0145569edd5eb81fececa7/lm-rapport-2012-1\\_allmant-vatten.pdf](https://www.lantmateriet.se/contentassets/4a728c7e9f0145569edd5eb81fececa7/lm-rapport-2012-1_allmant-vatten.pdf) (besökt 2021-10-01).

Bengtsson, A (2020). *Några anteckningar om rådighet över vatten, del 1 – analys*, tillgänglig på <https://www-jpinfonet-se.JP-Miljonet/Analyser-och-referat/Analyser-och-referat/vattenverksamhet/analyser/nagra-stronganteckningarstrong-om-strongradighetstrong-over-strongvatten-del-1-analys> (besökt 2021-10-10).

Bengtsson, B (2001). *Miljöbalkens återverkningar*. Första upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.

Bengtsson, B (2018). *Speciell fastighetsrätt: miljöbalken*. Tofte upplagan Uppsala: Iustus.

Bergström, S (1957). *Om allmänt vattenområdes rättsliga ställning*. Mitdeutscher Zusammenfassung. Uppsala: Institutet för offentlig och internationell rätt.

Boverket (2009). *Vindkraftshandboken: Planering och prövning av vindkraftverk på land och i kustnära vattenområden*. Handbok 2009, tillgänglig på <https://www.boverket.se/globalassets/publikationer/dokument/2013/vindkraftshandboken.pdf> (besökt 2021-09-28).

Dahlman, C (2019). 'Begreppet rättskälla', i: Dahlman, Christian & Wahlberg (red.), *Juridiska grundbegrepp: En vänbok till David Reidhav*. Lund: Studentlitteratur s. 57–74.

Delin, L (1996). *Minerallagen med kontinentalsockellagen*. Första upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.

Ebbesson, J (2021). *Miljörätt*. Fjärde upplagan. Uppsala: Iustus.

Egersten, S (1967). 'Något om allmänt vattenområdes rättsliga ställning.' *SvJT* 1967 s. 117–119.

Ekbäck, P (2009). 'Rätten att ansöka om ändrad markanvändning: En studie av rådighetskrav inom fastighetsrätten.' *SvJT* s. 929–945.

Ekelöf, P-O (1996). *Rättegång H. 2*. Åttonde upplagan. Stockholm: Norstedt.

Energimyndigheten (2017). *Havsbaserad vindkraft: En analys av samhällsekonomi och marknadspotentialen*. ER 2017:03, tillgänglig på <http://www.energimyndigheten.se/nyhetsarkiv/2017/havsbaserad-vindkraft-viktigt-pa-sikt/> (besökt 2021-10-20).

Havs- och vattenmyndigheten (2016). *Rapport från havsplaneringens tematiska arbete från oktober 2015 till mars 2016*, tillgänglig på <https://www.havochvatten.se/data-kartor-och-rapporter/rapporter-och-andra-publikationer/publikationer/2016-06-30-naturvard---rapport-fran-havsplaneringens-tematiska-arbete.html> (besökt 2021-10-20).

Hydén, H (2002). 'Målforskningens frihet – hur stor är den egentligen', i Basse, Ebbesson, Michanek (red.), *Fågelperspektiv på rättsordningen: vänbok till Staffan Westerlund*. Uppsala: Iustus s. 101–121.

Högberg, G (1993). 'Rätten som nödvändig faktor i genomförandet av miljöpolitiken.' *Miljörättslig tidskrift* 1993:2 s. 201–215.

Jareborg, N (2004). 'Rättsdogmatik som vetenskap.' *SvJT* s. 1–10.

Kleineman, J (2018). 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Andra upplagan. Lund: Studentlitteratur s. 21–46.

Kruse, J. Miljöbalken (1998:808) 16 kap. 8 §, Karnov (JUNO) (besökt 2021-10-22).

Kruse, J. Miljöbalken (1998:808) 16 kap. 11 §, Karnov (JUNO) (besökt 2021-10-10).

Kuusiniemi, K (2002). 'Hållbar utveckling, biologisk mångfald och kontraproduktivitet', i Basse, Ebbesson & Michanek (red.), *Fågelperspektiv på rättsordningen: vänbok till Staffan Westerlund*. Uppsala: Iustus s. 353–373.

Larfeldt Alvé, A & Strömberg, R (2019). *Vattenverksamhet: den rättsliga regleringen*. Första upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.

Lehrberg, B (1992). *Praktisk juridisk metod*. Uppsala: Iustus.

Lindblom, P-H (2001). *Miljöprocess: om domstolarnas roll, forum, kumulation, intresseavvägning, officialprövning, taleformer, talerätt, åberopsrätt, bevisning, förenklad skadeståndsberäkning och rättskraft vid civilprocessuell domstolstalan i miljömål. D. 1*. Uppsala: Iustus.

Lindblom, P-H (2002). *Miljöprocess: om domstolarnas roll, forum, kumulation, intresseavvägning, officialprövning, taleformer, talerätt, åberopsrätt, bevisning, förenklad skadeståndsberäkning och rättskraft vid civilprocessuell domstolstalan i miljömål. D. 2, Bevisbörda, beviskrav, bevislättning, rättskraft och sammanfattning*. Uppsala: Iustus.

Michanek, G & Zetterberg, C (2021). *Den svenska miljörätten*. Femte upplagan. Uppsala: Iustus förlag.

Michanek, G (1990). *Energirätt: en undersökning från mark- och miljörettslig utgångspunkt med särskild inriktning på frågor om energihushållning*. Diss. Uppsala: Univ.

Peczenik, A (1986). *Rätten och förnuftet: en lärobok i allmän rättslära*. Stockholm: Norstedt.

Rubenson, S (2021). *Miljöbalken*. Sjätte upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik.

Strömberg, R (1984). *Vattenlagen med kommentar*. Första upplagan. Stockholm: LiberFörlag.

Van Hende, K (2015). *Offshore wind in the European Union: towards integrated management of our marine waters*. Alphen Aan Den Rijn: Wolters Kluwer.

Viñuales, J-E (2021). 'Sustainable development', i: Peel & Rajamani (red.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law [Elektronisk resurs]*. Andra upplagan. Oxford University Press.

Westerlund, S (1997). *En hållbar rättsordning: rättsvetenskapliga paradigmer och tankevänder*. Uppsala: Iustus.

Westerlund, S (2010). 'Rätt och riktig rättsvetenskap.' *Nordisk miljörettslig tidskrift* 2010:1 s. 3–22.

Westerlund, S (2003). *Miljörettsliga grundfrågor 2.0*. Björklinge: Institutet för miljörett.

Westerlind, P (1958). 'Svante Bergström. Om allmänt vattenområdes rättsliga ställning.' *SvJT* s. 439–442.

Wik, M. Miljöbalken (1998:808) 16 kap. 11 §, Lexino 21 juni 2021 (JUNO) (besökt 2021-10-10).

# Rättsfallsförteckning

## *Sverige*

### Högsta domstolen

NJA 1981 s. 1.

NJA 1991 s. 704.

NJA 1993 s. 331.

NJA 2001 s. 828.

NJA 2004 s. 590.

NJA 2008 s. 748.

NJA 2010 s. 246.

NJA 2010 s. 690.

NJA 2011 s. 782.

NJA 2012 s. 362.

### Mark- och miljööverdomstolen

Mark- och miljööverdomstolen dom den 21 december 2005 i mål nr M 9540-04.

MÖD 2005:66.

MÖD 2006:6.

MÖD 2006:53.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 21 april 2008 i mål nr M 3160-08.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 10 november 2009 i mål nr M 5960-08.

MÖD 2009:32.

MÖD 2009:48.

MÖD 2010:38.

MÖD 2011:41.

MÖD 2011:51.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 19 december 2013 i mål nr M 6740-12.

MÖD 2013:39.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 8 december 2015 i mål nr M 6960-14.

MÖD 2016:4.

MÖD 2016:31.

MÖD 2016:32.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 20 juni 2016 i mål nr M 9326-15.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 17 november 2016 i mål nr M 3129-16.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 26 januari 2017 i mål nr M 1538-16.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 8 maj 2017 i mål nr M 5329-16.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 17 november 2017 i mål nr M 8189-16.

MÖD 2017:27.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 5 april 2018 i mål nr M 10984-16.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 11 april 2018 i mål nr M 4685-17.  
Mark- och miljööverdomstolen dom den 25 april 2018 i mål nr M 6419-16.  
Mark- och miljööverdomstolen dom den 14 december 2018 i mål nr M 4517-17.

MÖD 2018:19.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 18 november 2019 i mål nr M 6181-18.

Mark- och miljööverdomstolen beslut den 23 december 2019 i mål nr M 4981-19.

MÖD 2019:5.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 29 januari 2020 i mål nr M 7480-18.

Mark- och miljööverdomstolen dom den 21 april 2021 i mål nr M 3635-20.

#### Mark- och miljödomstolarna

Mark- och miljödomstolen dom vid Vänersborg Tingsrätt den 24 juni 2010 i mål nr M 3086-09.

Mark- och miljödomstolen dom vid Vänersborg Tingsrätt den 28 oktober 2014 i mål nr M 4658-13.

Mark- och miljödomstolen dom vid Växjö Tingsrätt den 18 november 2016 i mål nr M 2728-15.

Mark- och miljödomstolen dom vid Nacka Tingsrätt den 15 juni 2020 i mål nr M 2579-19.