

YTTRANDE

2019-10-08 Ärendenr:
NV-08865-18

Mark- och miljööverdomstolen
e-post: svea.avd6@dom.se

Yttrande i mål M 11690-18 angående tillstånd till utfyllnad i vattenområde vid Rönnskär i Skellefteå kommun

Naturvårdsverket har beretts tillfälle att yttra sig över Boliden Mineral AB:s (bolaget) yttrande, aktbilagorna 25 och 28–29. Utöver vad Naturvårdsverket framfört tidigare i målet vill Naturvårdsverket bemöta bolagets yttrande enligt följande samt utveckla vissa resonemang.

Naturvårdsverkets bemötande

1. Villkor om punktutsläpp och uppsamling av undanträngt vatten

Bolaget har uppgett att eventuellt vatten från utfyllnaden som inte tas in i smältverkets vattenhanteringssystem ligger utanför det villkor om punktutsläpp till vatten som framgår av det provisoriska villkoret P4 i mark- och miljödomstolen vid Umeå tingsrätt deldom den 4 februari 2019 i mål M 1012-09. Bolaget uppger vidare att frågor om det vatten som inte kommer att omfattas av det provisoriska villkoret P4 kommer att tas omhand inom ramen för senare detaljprojektering, slutligt kontrollprogram och tillsyn. Naturvårdsverket vidhåller att allt utsläpp av metaller från samtliga punktutsläpp ska ingå i det meddelade provisoriska villkoret i miljötilståndet.

2. Avfall eller biprodukt

Naturvårdsverket har ifrågasatt bolagets bedömning att järnsand uppfyller kriterierna för att vara en biprodukt. Som Naturvårdsverket förtydligat i det senaste yttrandet den 8 maj 2019 under punkten 6 ifrågasätts om tre av de fyra kriterierna i artikel 5.1 i avfallsdirektivet¹, motsvarande 15 kap. 1 § andra stycket 2 och 3 miljöbalken, uppfylls.

¹ Europaparlamentet och rådets direktiv 2008/98/EG av den 19 november 2008

Bedömning av restprodukter

En restprodukt uppkommer genom en produktionsprocess där syftet inte är att producera denna. Således varken tillverkas eller framställs en biprodukt. När restprodukten har uppkommit görs en bedömning av om restprodukten lever upp till de kriterier som ställs för att klassas som biprodukt. Om kriterierna inte uppfylls ska restprodukten klassas som avfall. Bakgrunden till begreppen restprodukt och biprodukt i avfallsdirektivet är att det i vissa industriella verksamheter kan uppstå spill av olika slag. I de fallen anses vissa material och fraktioner lämpliga att hanteras utanför avfallslagstiftningen. Som exempel kan nämnas möbeltillverkning med restprodukten träspill. Storlek och form kan göra att träspillet inte går att använda inom möbeltillverkningen, men passar för att ta fram andra träprodukter. En sådan restprodukt kan utgöra en biprodukt, förutsatt att samtliga biproduktskriterier uppfylls.

Boliden påpekar i sitt yttrande den 12 juni 2019 att järnsanden är ett uppskattat och efterfrågat ballastmaterial, och att anledningen till att avsättningen började minska år 2013 enbart berodde på att myndigheterna felaktigt klassade järnsanden som avfall.

Naturvårdsverket vill här tydliggöra processen kring bedömningen av en restprodukt som avfall eller biprodukt. Då restprodukten uppstår ska en bedömning göras om biproduktskriterierna uppfylls för ett specifikt användningsområde. Naturvårdsverket anser att frågan om en restprodukt är att se som en biprodukt eller avfall som huvudregel ska göras inom ramen för tillsynen vilket även har fastslagits av Mark- och miljööverdomstolen, MÖD 2011:39. Det är verksamhetsutövaren som ska göra bedömningen i samråd med tillsynsmyndigheten och det är verksamhetsutövaren som ska visa att kriterierna är uppfyllda. När det som i förevarande fall är fråga om en tillåtlighetsprövning av om en restprodukt ska få användas för anläggningsändamål får bedömningen av restprodukten och om den klassas som avfall eller en biprodukt göras hos prövningsmyndigheten.

Biproduktskriterierna

Enligt det första biproduktskriteriet i artikel 5.1 i avfallsdirektivet *ska det vara säkerställt att ämnet eller föremålet kommer att fortsätta användas.*

Kriteriet innebär att det ska vara säkerställt och inte bara troligt att ämnet eller föremålet kommer att fortsätta användas. Bakgrunden till detta kriterium är att om det saknas ett sådant säkerställande finns risk att man gör sig av med materialet som avfall.²

Bolaget har invänt att den minskade avsättningen av järnsanden berott på att myndigheterna felaktigt klassat järnsanden som avfall. Naturvårdsverket menar att verksamhetsutövaren måste kunna visa på avsättning och bedömningen måste göras i det skede som restprodukten uppstår, vilket illustreras väl i Palin-Granit-målet³.

om avfall och om upphävande av vissa direktiv.

² Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste s. 16.

³ C-9/00 Palin Granit.

Det andra biproduktskriteriet enligt artikel 5.1 innebär att *ämnet eller föremålet ska kunna användas direkt utan någon annan bearbetning än normal industriell praxis*. I den process hos bolaget där kopparframställning sker uppkommer en restprodukt. Naturvårdsverket har tidigare framfört att eftersom det krävs flera steg där metaller utvinns och separeras m.m. har processen gått utöver den som gäller för om restprodukten ska anses vara en biprodukt. En process som är en metallutvinning kan även innebära ett steg i en återvinning.

Europeiska kommissionen har i sin vägledning⁴ tydliggjort begräsningarna för hur stora ingrepp som får göras för att det andra biproduktkriteriet ska anses uppfyllt. Att ändra storlek och form på restprodukten anses kunna vara en bearbetning enligt normal industriell praxis. Om en restprodukt behöver behandlas före användning är det däremot ofta att se som ett avfall, se bl.a. C-194/05 p. 39. EU-domstolen har slagit fast att om en ytterligare återvinningsprocess krävs före användning är det ett tecken på att materialet är avfall till dess att processen avslutats, även om den senare användningen är säkerställd (Avesta Polarit C-114/01). En separering av icke-användbara komponenter eller farliga komponenter bör oftast anses vara en avfallsbehandling. I det aktuella fallet behöver bolaget särskilt avskilja bly. Naturvårdsverket anser att järnsanden inte lever upp till det andra biproduktskriteriet.

Det fjärde kriteriet enligt artikel 5.1, *den fortsatta användningen ska vara laglig*, innebär att ämnet eller föremålet ska uppfylla alla relevanta produkt-, miljö- och hälsoskyddskrav för den specifika användningen och inte leda till allmänt negativa följder för miljön och människors hälsa.

Naturvårdsverket har tidigare framfört att om en restprodukt ger större miljöeffekter än ett alternativt material eller en alternativ produkt som restprodukten ersätter kan detta påverka beslutet om det är avfall eller biprodukt. EU-domstolen har också konstaterat att om särskilda försiktighetsåtgärder måste vidtas vid användningen av en restprodukt för att skydda miljön kan det ses som ett indicium på att innehavaren gör sig av med eller avser eller är skyldig att göra sig av med restprodukten.⁵

Användningen av järnsand i det aktuella ärendet ställer höga krav på försiktighetsåtgärder för att minska lakning av metaller. Naturvårdsverkets bedömning är att miljö kvalitetsnormer för vatten kommer att påverkas negativt. Naturvårdsverket anser att järnsanden inte lever upp till det fjärde biproduktskriteriet.

Sammanvägd bedömning

Järnsanden uppfyller inte samtliga kriterier som krävs för att klassas som biprodukt. Järnsanden ska därmed ses som avfall och användningen ska prövas utifrån avfallslagstiftningen.

⁴ Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste s.17.

⁵ C-418/97 och 419/97 ARCO Chemie p. 88 och C-9/00 Palin Granit p. 43.

Boliden har tidigare framfört att även andra material, såsom jungfruligt bergmaterial, riskerar laka i kontakt med vatten och därmed inte nödvändigtvis är ett bättre alternativ än järnsand. Naturvårdsverket delar denna uppfattning. I ett område som Skelleftebukten med dålig vattenmiljöstatus är det möjligt att inte heller vissa jungfruliga material hade kunnat användas för de av bolaget sökta åtgärderna.

Avfallslagstiftning eller produktlagstiftning

Både produkter och avfall kan innehålla farliga ämnen som utgör en risk för människors hälsa och miljön om hanteringen eller kontrollen inte är tillfyllest. Det är verksamhetsutövaren som ska visa att de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken uppfylls. Av detta följer bl.a. att verksamhetsutövaren ska verka för minskad miljöpåverkan från verksamheten och att verksamhetsutövaren kan visa på tillräcklig kunskap för att kunna uppfylla miljöbalkens krav.

De potentiella risker och skador för miljön som en viss användning kan leda till finns oavsett om järnsanden klassas som avfall eller biprodukt. Många produkter innehåller också farliga ämnen och kan leda till stora skador om de hanteras eller används på fel sätt. Produkt- och kemikalielagstiftningen finns för att säkerställa att användningen av produkter inte ska leda till risker för människors hälsa och miljön. Dock medför avfallslagstiftningen fortfarande en högre skyddsnivå där det krävs en prövning av behörig myndighet före den aktuella användningen. Detta förfarande ska säkerställa att användningen inte leder till oönskade konsekvenser för människors hälsa och miljön. Av de EU-domar som finns på området samt den vägledning som kommit från kommissionen, framhålls vikten av att göra en bedömning om det handlar om avfall eller icke-avfall.

Kopplingar mellan Reach och miljöbalken

Miljöbalkens regler om miljöfarlig verksamhet kopplar på många sätt till Reach. De verksamheter som hanterar kemiska produkter är i många fall även definierade som miljöfarliga verksamheter enligt 9 kap. miljöbalken. Det kan vara såväl tillstånds- som anmälningspliktiga och mindre verksamheter.

En viktig skillnad mellan reglerna i Reach och kraven i miljöbalken är att miljöbalken ställer krav i det enskilda fallet medan kraven på säker användning i Reach ställer mer generella krav utifrån ett typfall som tagits fram av det företag som tillverkar/importerar ett ämne till EU. Detta innebär att kraven enligt miljöbalken för en användning av ett ämne kan vara strängare än anvisningar för säker användning enligt Reach. Strängare krav kan ställas av såväl den operativa tillsynsmyndigheten som den tillståndsprovande myndigheten i ett enskilt fall.

I Reach är ingången det kemiska ämnet och inte en verksamhet.

I Reach gör tillverkaren/importören eller användaren av ett ämne bedömningen av vilka användningsområden som är lämpliga, samt vilka förhållanden och riskminskande åtgärder som krävs för att användningen ska vara säker.

3. Avfallsklassificering

Syftet med avfallsklassificering

Klassificering av avfall som farligt eller icke farligt, och i synnerhet att förstå när och under vilka omständigheter avfall är att betrakta som farligt, är ett avgörande beslut i hela avfallshanteringskedjan, från generering till slutbehandling av avfallet. När avfall får en klassificering som farligt avfall utlöses ett antal viktiga skyldigheter, bland annat när det gäller hanteringen, men även i fråga om tillgänglig behandling som uppfyller tillämpliga krav. Klassificeringen har stor betydelse för påverkan på framtida beslut om avfallshanteringen om till exempel insamlingens genomförbarhet och ekonomiska hållbarhet, återvinningsmetoder och valet mellan återvinning och bortskaffande. En korrekt avfallsklassificering är en förutsättning för att avfall ska kunna hanteras på ett lämpligt sätt utan att påverka människors hälsa och miljön, och därför är avfallsklassificering en förutsättning för efterlevnaden av 15 kap. 11 § miljöbalken. Enligt denna bestämmelse ska den som innehar avfall se till att avfallet hanteras på ett sätt som är godtagbart med hänsyn till människors hälsa och miljön.

År 2014 genomfördes en omfattande översyn av bilaga III till avfallsdirektivet som fastslår kriterierna för de egenskaper som avgör om ett avfall är farligt avfall eller inte. De huvudsakliga målen var att anpassa kriterierna till teknisk och vetenskaplig utveckling samt så långt som möjligt harmonisera avfallsklassificeringen med de kriterier och den metodik som används för kemiska produkter i enlighet med förordning (EU) 1272/2008 om klassificering, märkning och förpackning av ämnen och blandningar (CLP-förordningen). Översynen resulterade i ett beslut om ändringar av totalt 14 av de 15 farliga egenskaperna. Genom rådets beslut den 8 juni 2017 kunde även kriterier fastslås för den återstående farliga egenskapen HP 14 ekotoxiskt, vilka trädde i kraft den 5 juli 2018.

Avfallsklassificering är en bedömning av avfallets inneboende egenskaper och avfallets farlighet. Det är viktigt att i detta sammanhang skilja på begreppen fara och risk. Vid en riskbedömning är syftet att bedöma sannolikheten för att skada ska uppkomma och dess möjliga omfattning. För att skada ska uppkomma krävs att människor och miljö exponeras för ett ämne i tillräcklig omfattning. Det är således en analys av avfallets inneboende egenskaper och inte en riskbedömning utifrån hur omgivningen exponeras eller betydelsen av omgivningens påverkan på avfallet som ska göras i klassificeringssteget.

Naturvårdsverkets invändningar

Naturvårdsverket har ifrågasatt om bolagets avfallsklassificering är utförd i enlighet med gällande lagstiftning. Anledningen till detta är att bolagets avfallsklassificering baserats på undersökningar och analyser som utfördes innan lagstiftningen, i synnerhet gällande HP 14 ekotoxiskt, harmoniserades gentemot kemikalielagstiftningen och utvärderingskriterier för HP 14 ekotoxiskt kunde beslutas genom förordning (EU) 2017/997⁶. Bolaget bemöter Naturvårdsverkets

⁶ Rådets förordning (EU) 2017/997 av den 8 juni 2017 om ändring av bilaga III till Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/98/EG vad gäller den farliga egenskapen HP 14 Ekotoxiskt.

synpunkter i aktbilagorna 28 och 29. Bolaget framför bland annat att använda testmetoder fortfarande är relevanta i förhållande till förordning (EU) 2017/997 och den särskilda hänvisningen till (EG) 440/2008, den så kallade testförordningen. Naturvårdsverket delar inte denna uppfattning och anser att det föreligger allvarliga brister i hur avfallet testats, hur resultaten utvärderats samt att klassificeringsmomentet därför inte har avslutats.

Naturvårdsverket anser fortsatt att bolagets avfallsklassificering är bristfällig, eftersom bolaget:

- inte anpassat klassificeringen efter kunskapsläget om testmetoder, framförallt vad gäller laktester,
- inte genomfört en fullständig utvärdering av kriterierna för den farliga egenskapen HP 14 ekotoxiskt, samt
- felaktigt baserat klassificeringen på avfallets omgivningspåverkan istället för avfallets inneboende egenskaper.

Naturvårdsverket anser att avfallsklassificeringen innehåller så pass omfattande brister att bolaget inte uppfyller kunskapskravet enligt 2 kap. 2 § miljöbalken. Vidare anser Naturvårdsverket att de kvarstående bristerna i klassificeringen av avfallet inte möjliggör de bedömningar och åtgärder som kan krävas för att uppfylla 15 kap. 11 § miljöbalken.

Utvärdering av farliga egenskaper

Tillvägagångssättet för att utreda om avfallet uppvisar farliga egenskaper regleras närmare i 13 a § samt 11 b § avfallsförordningen.

13 a § avfallsförordningen innebär att verksamhetsutövaren alltid har en skyldighet att utvärdera om ett avfall besitter någon av de farliga egenskaperna HP 1 – HP 15.⁷ Bestämmelsen medger inte en avfallsklassificering enbart baserad på en administrering av avfallskoder. Naturvårdsverket anser därför att bolagets argument att ”om järnsanden ändå skulle ses som ett avfall så omfattas den av en fast ingång som icke farligt avfall (EWC 10 06 01), slagg från primär och sekundär smältning” kan ifrågasättas. En fast icke-farlig post i bilaga 4 till avfallsförordningen innebär *inte* att avfallet *inte* besitter farliga egenskaper och per definition enbart kan vara icke-farligt avfall. Naturvårdsverket vill särskilt peka på artikel 7 i avfallsdirektivet och möjligheten för enskilda medlemsstater att på nationell nivå besluta om att ett avfall med fast icke-farlig ingång ska vara farligt avfall om det uppvisar farliga egenskaper.

Utvärdering av den farliga egenskapen HP 14 ekotoxiskt

Den metodik som ska användas för att utvärdera HP 14 ekotoxiskt är i hög grad anpassad till hur kemiska produkter ska utvärderas enligt kemikalielagstiftningen, framförallt CLP-förordningen. Sambandet kommer bland annat till uttryck genom de beräkningsformler och koncentrationsgränser som ska användas för att genom en fastställd beräkningsmetod i förordning (EU) 2017/997 fastslå om avfallets innehåll av farliga ämnen gör att det ska klassificeras som farligt avfall utifrån HP 14 ekotoxiskt. Såväl av 11 b § avfallsförordningen som av förordning (EU) 2017/997 om beräkningsmetod

⁷ 13 a § avfallsförordningen ändrades den 1 juli 2019. Ändringen innebär endast ett förtydligande av gällande lagstiftning.

framgår att klassificeringen även kan utföras genom testning och att ett testresultat då gäller före ett resultat från en summering enligt beräkningsmetoden.

Vid en jämförelse mot testmetoder anses summering enligt beräkningsmetoden innebära en förhållandevis konservativ och försiktig bedömning av avfallets farlighet som i några fall riskerar att överskatta den inneboende faran. Till skillnad från beräkningsmetoden saknas för närvarande på EU-nivå fastställda harmoniserade testmetoder för avfallsklassificering och vare sig beaktadesats (8) i förordning 2017/997 eller 11 b § avfallsförordningen ger några närmare anvisningar om vilka test som ska användas annat än att testförordningen⁸ eller andra internationellt vedertagna metoder och riktlinjer ska tillämpas. Avsaknaden av harmoniserade tester är ett problem då de anvisningar som finns att tillgå i princip öppnar upp för möjligheten att designa tester som ger anpassade svar. Den 9 april 2018 publicerade kommissionen ett tekniskt vägledningsdokument för avfallsklassificering⁹. Kommissionens vägledning beskriver tillvägagångssätt för att utvärdera samtliga de 15 farliga egenskaperna. Inte heller kommissionens vägledning ger närmare anvisningar om testning vad gäller HP 14 ekotoxiskt än vad som angetts ovan. Kommissionens vägledning ger dock anvisningar i fråga om laktester vid avfallsklassificering och begränsningar i användandet av sådana metoder. Av vägledningen framgår bl.a. *Information härledd från kemiska analyser av avfall som kan användas för klassificering av avfall bör vara sammansättningsdata. Resultat från lakningstester – som ofta erhålls från laboratorieresultat vid testning av om mottagningskriterier i deponeringsdirektivet uppfylls – är inte generellt användbara för faroklassificering av avfall. Det enda undantaget från den principen kan vara bedömning av HP 15. Detta innebär bland annat, att om ett avfall t.ex. inte uppfyller mottagningskriteriet att vara inert enligt deponeringsdirektivet är det inte automatiskt farligt eller icke farligt. Resultaten av tester avseende mottagningskriterier bör inte användas som enda informationskälla för klassificering av farligt avfall. En analys avseende mottagningskriterier krävs ofta endast om 1) den valda behandlingen är bortskaffande genom deponering och 2) den klass av deponi som tidigare definierats genom klassificering som farligt eller icke farligt kräver ett numeriskt test av mottagningskriterier. Ämnen som finns i lakvattnet kan dock ge vissa ledtrådar till beståndsdelarna i avfallet.*

Vid till exempel tester baserade på lakning är förhållandet mellan vätskefasens volym (L) och mängden fast material (S) vid testet samt pH kritiska faktorer. Detta förhållande redovisas bland annat i en publicerad vetenskaplig artikel, 2016 Stiernström m.fl.¹⁰, som bolaget hänvisar till i aktbilaga 29. Bolaget använder Stiernström m.fl. som stöd för att peka på problematiken med klassificering enligt beräkningsmetoden som anges i förordning (EU) 2017/997

⁸ Kommissionens förordning (EG) nr 440/2008 av den 30 maj 2008 om testmetoder enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1907/2006 om registrering, utvärdering, godkännande och begränsning av kemikalier (Reach).

⁹ 2018/C 124/01 Europeiska kommissionen. Kommissionens tillkännagivande om teknisk vägledning om klassificering av avfall.

¹⁰ 2016, Stiernström, S., et al. Evaluation of frameworks for ecotoxicological hazard classification of waste. Waste management (2016).

och risken att överskatta avfallets inneboende farliga egenskaper. Bolaget anför med anledning av detta att ”*det är därför betydligt mer relevant med direkt testning på lakvatten från materialet för att fastställa dess farlighetsegenskaper avseende akvatisk toxicitet*”. Naturvårdsverket motsäger inte detta påstående men anser också att Stiernströms m.fl. resultat mycket väl beskriver problematiken kring avfallsklassificering med testmetoder baserat på lakning. Bolaget hänvisar dock endast till ett brottstycke av artikeln. För att kunna dra slutsatser av artikeln måste artikeln läsas i sin helhet. Artikeln pekar på hur lakteter bör dimensioneras och utvärderas och hur viktiga parametrar som exempelvis pH i avfallet drastiskt styr testresultatet. Resultatet från Stiernström m.fl. visar också att den lakningsmetod bolaget använt sig av, SS-EN 14735, starkt underskattar faran som kan kopplas just till närvaro av koppar och zink i avfallet. Naturvårdsverket menar att laktetestet SS-EN 14735:2005/AC:2006 inte kan användas vid avfallsklassificering då detta test innebär en uppenbar risk för en underskattning av avfallets inneboende farlighet och att ett sådant laktetest, om det används, endast bör användas för att ge ledtrådar om ämnen i avfallet föreligger i lättlösliga respektive svårösliga kemiska föreningar. Detta kan även utläsas av kommissionens vägledning som redovisats i avsnittet ovan.

För att klassificering enligt HP 14 ekotoxiskt genom testning ska kunna ske på ett harmoniserat sätt inom EU anser Naturvårdsverket att i de fall lakteter används ska testningen så långt som möjligt baseras på den metodik och de hänvisningar till OECD¹¹ och ECHA¹²-vägledningar som följer av bilaga IV till CLP-förordningen, t.ex. den metodik som följer av bilaga IV (4.1.2.7) till CLP-förordningen som utgör en test- och klassificeringsstrategi för akvatisk påverkan vad gäller såväl akuta som kroniska effekter. Av bolagets ansökan framgår i bilaga E1¹³ att bolaget även genomfört en avfallsklassificering som inte baserats på testning av avfallet. Naturvårdsverket kan konstatera att denna klassificering genomfördes år 2015 och därmed inte beaktar nuvarande lagstiftning. De slutsatser bolagets konsult drog 2015 är därför i dagens situation missvisande.

Istället för att använda de riktlinjer som följer av CLP-förordningen för utvärdering av testresultat använder bolaget en metod från 2004, som innebär att resultaten jämförs med tre olika nivåer som representerar uppvisad toxicitet vid olika spädningsgrader av lakvattnet. Naturvårdsverket anser att den använda utvärderingsmetoden är föråldrad då den är framtagen för det äldre kriteriet för ekotoxicitet ”H14” som gällde under en äldre version av avfallsförordningen¹⁴. Metoden bygger även på en jämförelse av utspädda halter i avfallets lakvatten vilket blir helt felaktigt vid bedömningen av faran av avfallets inneboende egenskaper. Metoden bör snarare användas som ett stöd för att riskbedöma avfall vilket inte är syftet med avfallsklassificering enligt den idag gällande lagstiftningen. Att bolaget i sin tolkning och bedömning av sina resultat även hänvisar till Naturvårdsverkets modell för riskbedömning av förorenade områden befäster ytterligare att bolaget istället för att klassificera sitt avfall utfört en riskbedömning för ett återvinningsförfarande. Som tidigare påpekats är fara respektive risk två olika begrepp. Farligheten representerar den inneboende

¹¹ Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling.

¹² Europeiska kemikaliemyndigheten.

¹³ 2017 Bilaga E1, Boliden Rönnskär Kunskapssammanställning – Järnsand.

¹⁴ Avfallsförordningen (2001:1063).

potentialen att skada människor eller miljö. En riskbedömning representerar sannolikheten för att skada ska uppkomma och dess möjliga omfattning, vilket kan innebära hänsyn till lokala förutsättningar, utsläppsvägar, utsläppsmängder, omvandling i miljön med mera.

Genom den klassificering av avfallet som bolaget gör, realiserar bolaget alla de farhågor om att alltför generösa tolkningar av 11 b § avfallsförordningen resulterar i att det är fritt fram att välja testmetoder och att designa egna testmodeller som i princip kan modifieras och anpassas till önskat syfte. Detta är helt motsatt vad som ska uppnås med lagstiftningen, nämligen att inom EU skapa ett harmoniserat system för avfallsklassificering. Användandet av testmetoder befriar inte avfallsinnehavaren från att utvärdera resultatet utifrån de kriterier som framgår av förordning (EU) 2017/997, dvs. i fråga om ekotoxikologisk potential av såväl akuta som kroniska effekter. Naturvårdsverket anser att bolaget inte genomfört en utvärdering av avfallets eventuella farliga egenskaper, vilket var syftet. Naturvårdsverket menar att frågan om avfallet besitter farliga egenskaper inte besvarats vare sig i ansökan eller genom aktbilagorna 28 respektive 29. Avfallsklassificeringen är därmed i nuläget begränsad till bolagets val av avfallskod från bilaga 4 till avfallsförordningen men saknar en beskrivning av om avfallet besitter farliga egenskaper. Det är Naturvårdsverkets bestämda uppfattning att bolaget därmed inte uppfyller vare sig 2 kap. 2 § eller 15 kap. 11 § miljöbalken.

4. Miljökvalitetsnormer för vatten

Rimlighetsavvägning enligt 2 kap. 7 § miljöbalken

Enligt den nya lydelsen av rimlighetsavvägningen i 2 kap. 7 § andra stycket miljöbalken, som trädde i kraft den 1 januari 2019, ska de krav ställas som behövs för att följa 5 kap. 4 § miljöbalken. Enligt 5 kap. 4 § första stycket miljöbalken får en myndighet eller en kommun inte tillåta att en verksamhet eller en åtgärd påbörjas eller ändras om detta, trots åtgärder för att minska föroreningar eller störningar från andra verksamheter, ger upphov till en sådan ökad förorening eller störning som innebär att vattenmiljön försämras på ett otillåtet sätt eller som har sådan betydelse att det äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljökvalitetsnorm.

Enligt förarbetena innebär den nya lydelsen av andra stycket i 2 kap. 7 § miljöbalken att rimlighetsavvägningen inte får leda till att en verksamhet eller åtgärd tillåts bedrivas eller vidtas på ett sätt som är oförenligt med myndigheters och kommuners skyldigheter i fråga om att försämra kvaliteten på vattenmiljön eller äventyra att rätt kvalitet på vattenmiljön kan uppnås¹⁵. Den nya bestämmelsen i 5 kap. 4 § första stycket miljöbalken innebär att oavsett om den nya verksamheten eller åtgärden prövas efter en ansökan om tillstånd eller efter en anmälan eller om den upptäcks inom ramen för tillsyn, krävs att den ansvariga myndigheten eller kommunen vidtar de åtgärder som behövs för att verksamheten eller åtgärden inte ska tillåtas i strid med bestämmelsen¹⁶. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagstiftningen ska äldre bestämmelser

¹⁵ Prop. 2017/18:243 s. 187.

¹⁶ Prop. 2017/18:243, s. 191.

fortfarande gälla för handläggning och prövning av mål och ärenden som inletts före ikraftträdande.

Naturvårdsverket vill i detta sammanhang framföra följande.

De aktuella ändringarna i miljöbalken har genomförts efter kritik från Europeiska kommissionen som innebär att Sverige inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt ramdirektivet för vatten¹⁷ enligt ett antal artiklar, däribland artikel 4.1. En medlemsstat är skyldig att se till att de krav som följer av ett direktiv återspeglas genom rättsligt bindande bestämmelser i den nationella lagstiftningen senast det datum som framgår av direktivet¹⁸. Medlemsstaterna skulle ha genomfört de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att direktivet ska följas senast den 22 december 2003.

Av artikel 4.1 i ramdirektivet för vatten följer att miljökvalitetsnormerna ska ha en bindande verkan och att en försämring av statusen på vattenmiljön inte är tillåten. Försämringsförbudet har senare förtydligats genom EU-domstolens dom i mål C-461/16 (Weserdomen). Kommissionen anser att den svenska lagstiftningen, så som den var utformad före de aktuella ändringarna i miljöbalken, utesluter all kontroll av uppfyllelse av skyldigheterna enligt artikel 4.1 i samband med ett tillståndsförfarande avseende verksamhet som kan påverka vattenkvaliteten. En följd av detta är att verksamheter kan tillåtas trots att det kan äventyra möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljökvalitetsnorm enligt artikel 4.1. Kommissionen menar att den tidigare svenska lagstiftningen inte under alla omständigheter säkerställer att försämringar förhindras och att god status kommer att uppnås, eller åtminstone inte äventyras¹⁹.

Ändringarna i 2 kap. 7 § och 5 kap. 4 § miljöbalken ska ses mot bakgrund av kommissionens kritik och lagstiftarens motiv att genomföra ändringarna.

Naturvårdsverket anser att Mark- och miljööverdomstolen, trots att de tidigare gällande reglerna enligt övergångsbestämmelserna ska tillämpas vid den aktuella prövningen, bör beakta föresatsen med den nya utformningen i tillåtlighetsbedömningen. Enligt förarbetena innebär ändringarna enbart en kodifiering av vad som redan följer av EU-domstolens praxis och svenska prövningsmyndigheters agerande²⁰. Enligt Naturvårdsverkets uppfattning förefaller det inte rimligt att Mark- och miljööverdomstolen ska tillämpa de mindre stränga kraven i strid med ramdirektivet för vatten och EU-domstolens praxis, vilket dessutom skulle få till följd att en efterlevnad av direktivets krav istället behöver säkerställas inom ramen för tillsynen.

Den sökta verksamhetens påverkan på miljökvalitetsnormer för vatten

Naturvårdsverket vidhåller att det inte finns något ytterligare utrymme att släppa ut metaller och andra ämnen i recipienterna kring Rönnskär. Halterna av arsenik,

¹⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område.

¹⁸ Prop. 2017/18:243, s. 144.

¹⁹ Prop. 2017/18:243, s. 69–70.

²⁰ Prop. 2017/18:243, s. 184.

zink, koppar, bly, kvicksilver och kadmium i ytvattenförekomsterna kring Rönnskär överskrider redan gränsvärdena för såväl ekologisk som kemisk status. Eftersom kvalitetsfaktorn särskilt förorenande ämnen (arsenik, koppar och zink) redan befinner sig i den lägsta klassen i Skelleftebukten, är någon ytterligare försämring inte tillåten. God kemisk status för de prioriterade ämnena bly, kadmium eller kvicksilver uppnås inte. Inte heller här är alltså någon försämring tillåten. Naturvårdsverket påminner om att bolagets jämförelse, som går ut på att andra naturmaterial lakar lika mycket eller mer än järnsand, inte är en relevant jämförelse. För det fall andra naturmaterial lakar mer än järnsand, hade inte heller dessa material varit lämpliga att använda för den aktuella konstruktionen.

Bolaget hävdar att utsläppen av bly, kadmium, arsenik, koppar och zink enbart skulle leda till ett ”teoretiskt halttillskott” utan någon som helst reell inverkan på biologin i recipienterna. Bolaget hävdar att det bör handla om att man lämnar möjligheten att uppnå rätt kvalitet åt slumpen eller på annat sätt utsätter möjligheten att uppnå rätt kvalitet för en oacceptabel risk, för att det ska föreligga ett äventyrande av att rätt kvalitet kan uppnås.

Naturvårdsverket vill påminna om att de totala utlakade mängderna från konstruktionen med järnsand som bolaget sökt tillstånd för, beräknas uppgå till ca 13 kg arsenik, 190 kg koppar, 230 kg nickel och 2 300 kg zink efter 140 år, enligt bolagets miljökonsekvensbeskrivning. Dessa mängder är enligt Naturvårdsverkets uppfattning betydligt större än enbart ”teoretiska halttillskott”. Det finns enligt Naturvårdsverkets bedömning en uppenbar risk för att de beräknade utsläppen kommer att påverka vattenkvaliteten. Bolaget har inte visat att tillskotten inte kommer att ha någon som helst påverkan på vattenmiljön. Naturvårdsverket anser att de ytterligare halttillskotten innebär en oacceptabel risk för att ett uppnående av den kvalitet på vattenmiljön som följer av miljökvalitetsnormen äventyras. Naturvårdsverket vill också framhålla att om det kan konstateras att tillåtande av verksamheten strider mot försämringsförbudet, vilket konstaterats ovan, ska verksamheten inte tillåtas. Det blir därmed överflödigt att göra en bedömning av om tillåtande av verksamheten äventyrar att rätt vattenkvalitet kan uppnås²¹.

Naturvårdsverket vill utöver det vi tidigare framfört kommentera att bolaget i sin miljökonsekvensbeskrivning, avsnitt 7.3.3, jämför de beräknade halttillskotten i ytvatten med gällande miljökvalitetsnormer. Naturvårdsverket menar att det inte är relevant att jämföra halttillskotten med miljökvalitetsnormen. Halttillskotten innebär att halten i ytvattnet ökar med motsvarande halt. Det är halten som uppkommer i ytvattnet som en följd av de beräknade halttillskotten som ska jämföras med miljökvalitetsnormen. I samma avsnitt har uppmätta halter i recipienten jämförts med miljökvalitetsnormen. Den jämförelsen visar att halten i ytvatten överskrider miljökvalitetsnormen för flera metaller redan innan halttillskotten beaktats. Miljökvalitetsnormer ska ses som gränsvärden som inte får överskridas.

Naturvårdsverket vill i detta sammanhang också kommentera villkor 7 i den överklagade domen. Villkoret medger att avsevärt högre halter för arsenik, bly

²¹ Prop. 2017/18:243, s. 194.

och kadmium än de beräknade halttillskotten enligt bolagets miljökonsekvensbeskrivning, avsnitt 7.3.3, tabell 7-5, får släppas ut utan föregående rening. Naturvårdsverket anser att Mark- och miljööverdomstolen, för det fall domstolen meddelar tillstånd till den sökta verksamheten, behöver beakta de halttillskott som bolaget räknat fram, och i vart fall inte föreskriva mer generösa utsläppsgränsvärden än vad som behövs.

Naturvårdsverket ifrågasätter också att bolaget i samma avsnitt, tabell 7-5, anger att de uppmätta halterna i vattenförekomsterna kring Rönnskär utgör bakgrundshalter. Vattenförekomsterna är sedan länge påverkade av verksamheten och överskridanden av miljökvalitetsnormen sker i alla vattenförekomsterna. Naturvårdsverket anser att utgångspunkten för bedömningen inte ska vara bakgrundshalter som inbegriper nuvarande utsläpp.

5. Återvinning av avfall för anläggningsändamål

Som framgår av bestämmelsen i 29 kap. 34 § miljöprövningsförordningen får återvinning av avfall för anläggningsändamål endast omfatta icke-farligt avfall. EU-domstolen har i målet C-147/15 fastslagit att användningen av avfall endast kan anses som en återvinningsåtgärd om avfallet är lämpligt för ändamålet enligt den senaste vetenskapliga och tekniska kunskapen. EU-domstolen konstaterade vidare att det inte är lämpligt att använda icke-inert eller farligt avfall vid restaurering och fyllnadsarbete eller för byggnadsändamål.

Mark- och miljööverdomstolen i mål M 7582-18, gällande tillstånd för tåktverksamhet, hänvisar i domskälen till det nyss nämnda avgörandet i EU-domstolen och konstaterar bl.a. följande. För att det ska vara fråga om en återvinningsåtgärd när avfallsmassor används för utfyllnad i efterbehandlingssyfte krävs att avfallet är lämpligt för ändamålet, vilket enligt EU-domstolens praxis såvitt avser efterbehandling innebär ett krav på att de massor som ska användas måste vara inerta i den mening som avses i 3 a § förordningen (2001:512) om deponering av avfall. Om dessa krav inte är uppfyllda blir utfyllnadsåtgärden att betrakta som bortskaffande av avfall enligt 15 kap. 6 § miljöbalken och kommer därmed att klassificeras som deponering enligt 5 § avfallsförordningen. Mark- och miljööverdomstolen avslog bolagets yrkande om en ökning av mängden massor som enligt tillståndet fick föras in för efterbehandling. Mark- och miljööverdomstolen bedömde att det inte var fråga om ett återvinningsförfarande utan ett bortskaffande.

Av Mark- och miljööverdomstolens bedömningar och hänvisningar till EU- domen kan man göra paralleller till när det gäller att avgöra i vilka fall järnsand kan anses lämpligt att användas för den nu aktuella användningen. Naturvårdsverket har tidigare påpekat vikten av att använda lämpligt avfall vid anläggningsarbeten, inte minst när det gäller arbeten i vatten. Kravet utgår bl.a. från 2 kap. miljöbalken, som gäller oaktat om järnsanden klassas som avfall eller inte, och 15 kap. 11 § miljöbalken. I bilaga E1 till bolagets ansökan beskrivs järnsandens lakningsegenskaper. Bolaget drar slutsatsen att utlakningen från järnsand procentuellt är i samma nivå eller lägre än utlakning från naturligt material. Järnsandens förhållandevis högre totalhalt medför dock att mängden koppar och zink som lakas ut är 10–100 gånger högre än i naturmaterial. I

samma bilaga görs även en jämförelse av utlakade ämnens halter med Naturvårdsverkets föreskrifter om deponering, kriterier och förfaranden för mottagning av avfall vid anläggningar för deponering av avfall; NFS 2004:10. Naturvårdsverket kan konstatera att resultaten visar att gränsvärden för avfall som tas emot på en deponi för inert avfall överskrids avseende arsenik, koppar, nickel och antimon. Noterbart är att bolaget refererar till gränsvärdena i NFS 2004:10 som ”riktvärden”. Gränsvärden är bindande och får inte överskridas.

Naturvårdsverket bedömer att järnsand är ett icke-inert avfall som lakar och den föreslagna användningen kommer att leda till en negativ miljöpåverkan. Enligt EU-domstolens avgörande C-147/15 är det inte ens lämpligt att använda icke-inert avfall eller farligt avfall vid igenfyllnad av stenbrott. Naturvårdsverket menar att detta visar på att stor restriktivitet ska iakttas även vid användande av icke-inert avfall vid utfyllnad i vatten.

Som Naturvårdsverket tidigare anfört kan bolagets åtgärder med utfyllnaden av järnsand antingen ses som återvinning av avfall för anläggningsändamål eller bortskaffande. Med hänvisning till EU-domen C-147/15 och Mark- och miljööverdomstolens avgörande M 7582-18 finner Naturvårdsverket att för att bolaget ska kunna använda icke-inert avfall för sådana åtgärder som föreslagits är det att bedöma som en deponi i vatten. Bolaget behöver därmed genomgå en prövning i enlighet med de krav som ställs för att deponera icke-inert avfall, vilket innebär att kraven om lämplig lokalisering och utformning av deponier i enlighet med 18 § deponeringsförordningen ska tillämpas.²²

Beslut om detta yttrande har fattats av enhetschefen Frida Rudsander.

Vid den slutliga handläggningen har i övrigt deltagit Helen Lindqvist, John Lotoft, Marie-Louise Nilsson, Ulrika Gunnesby och Elin Andersen, den sistnämnda föredragande.

Detta beslut har fattats digitalt och saknar därför namnunderskrifter.

För Naturvårdsverket

Frida Rudsander

Elin Andersen

²² Se vidare om lämpligheten att anlägga en deponi nära vatten, sid 11 av Naturvårdsverkets överklagande av den 2019-01-25.