

PM om klassificering av entreprenadberg från tunnelbaneprojekten som biprodukt enligt miljöbalken

1. Inledning

Vi har blivit ombedda att redogöra för vår bedömning av huruvida entreprenadberg som uppkommer i samband med de tunnelbaneprojekt som utförs av Region Stockholm ("Regionen") uppfyller kraven för att klassificeras som biprodukter i miljöbalkens mening. Vi har även blivit ombedda att kommentera den bedömning beträffande klassificering av entreprenadberg från Regionens tunnelbyggande som gjorts av Länsstyrelsen i Stockholms län ("Länsstyrelsen") i samband med myndighetens beslut riktade mot Skanska och NCC avseende deras hantering av entreprenadberget. Vi har därför sammanställt följande PM.

I avsnitt 2 sammanfattar vi våra slutsatser rörande frågan om klassificering av entreprenad från Regionens tunnelbyggnation. I avsnitt 3 ges en kortfattad redogörelse för bakgrunden till frågan om klassificering av entreprenadberg från Regionens tunnelbanebyggande. Därefter, i avsnitt 4, följer en mer detaljerad redogörelse för vår bedömning av rättsläget när det gäller begreppet biprodukt samt vår bedömning av klassificering av entreprenadberget som biprodukt enligt miljöbalken.

2. Sammanfattning av vår bedömning

I denna PM redogör vi för vår bedömning av samtliga kriterier som behöver vara uppfyllda för att entreprenadberg från tunnelbaneprojekten ska klassificeras som biprodukt enligt miljöbalken och avfallsdirektivet¹.

Vår bedömning är att entreprenadberget ska anses utgöra föremål som produceras som en integrerad del av en produktionsprocess, det vill säga tunnelbanebyggnation, där huvudsyftet inte är att producera entreprenadberg.

Vi bedömer även att det bör finnas förutsättningar att visa att fortsatt användning av entreprenadberget är säkerställd, att entreprenadberget kan användas direkt utan någon annan bearbetning än den bearbetning som är normal i industriell praxis samt att berget generellt kan användas utan allmänt negativa konsekvenser för miljö och människors hälsa.

Det bör således finnas förutsättningar för att visa att entreprenadberg från tunnelbaneprojekten ska klassificeras som biprodukter enligt miljöbalken och avfallsdirektivet.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/98/EG av den 19 november 2008 om avfall och om upphävande av vissa direktiv.

3. Bakgrund

3.1 Inledning

De uppgifter som redovisas i detta avsnitt avseende bakgrunden till frågan om klassificering av entreprenadberget har tillhandahållits, alternativt bekräftats, av Regionen.

3.2 Regionen och tunnelbaneprojekten

I januari 2014 tecknades ett avtal som resultat av en förhandling ("Stockholmsförhandlingen") mellan staten, Region Stockholm, Stockholms stad, Järfälla kommun, Nacka kommun och Solna stad. Avtalet innebär bland annat att tunnelbanan ska byggas ut till Nacka, Arenastaden och Barkarby, att den blå tunnelbanelinjen ska byggas ut till Gullmarsplan och söderort samt kopplas samman med Gröna linjens Hagsätragren och att tunnelbanedepån i Högdalen ska byggas ut och anpassas för att kunna sköta de nya tåg som behövs då tunnelbanan växer. Ett kompletterande avtal tecknades 2017 genom en ny förhandling ("Sverigeförhandlingen").

Regionen ansvarar för att bygga ut tunnelbanan. Samtliga utbyggnadsgrenar, förutom utbyggnad av depå i Högdalen, har börjat byggas eller planeras för byggstart inom kort. Byggstarten för utbyggd depå i Högdalen är planerad till 2021. Byggtiden är cirka 5 år för depån, 6 år för tunnelbanan till Barkarby, 8 år för tunnelbanan till Arenastaden och 10 år för tunnelbanan till Nacka och Söderort.

3.3 Entreprenadberg från tunnelbaneprojekten

Tunneldrivning i samband med tunnelbaneprojekten sker i huvudsak genom konventionell borrhning, laddning och sprängning. Som en oundviklig konsekvens av sprängning vid tunneldrivningen uppkommer bergmassor. Dessa bergmassor innehåller normalt fraktioner mellan 0-400 mm, men även större block kan förekomma. Benämningen *entreprenadberg* avser sprängsten som uppkommer som schaktmassor vid sprängning i bygg- och anläggningsprojekt. Regionen använder därför benämningen entreprenadberg för de bergmassor som uppkommer genom sprängningen i tunnelbaneprojekten.

3.4 Behovet av entreprenadberg inom Stockholmsregionen

Det entreprenadberg som uppkommer vid tunnelbaneprojekten har potential att användas för en rad olika anläggningsändamål. Regionen planerar därför att använda en del av det entreprenadberg som uppkommer vid tunneldrivningen direkt på plats, som konstruktionsmaterial under tunnelbyggnationen. Vidare avser Regionen att säkerställa att det entreprenadberg som blir över kan nyttjas inom andra projekt. Exempelvis kan entreprenadberget användas direkt för utfyllnad vid olika bygg- och anläggningsarbeten (mark, gator, vägar m.m.) i närområdet. Genom krossning eller sortering av entreprenadberget är det vidare möjligt att säkerställa att entreprenadberget kan fylla i princip samma funktion som berg brutet i bergtäkter (s.k. råberg). Regionens uppfattning är att det ligger i linje med en god hushållning med naturresurser att nyttja entreprenadberget för bygg- och anläggningsändamål och att därmed minska behovet av täktmaterial (jfr 2 kap. 5 § miljöbalken).

Vad gäller tillgången på ballastmaterial för samhällsbyggandet har uttaget av naturgrus minskat betydligt under senare år. Idag sker en mycket restriktiv tillståndsgivning för uttag av naturgrus, eftersom grusåsar är en naturlig grundvattenresurs och oftast är skyddade såsom grundvattenförekomster. Antalet tillståndsgivna täkter för naturgrus har minskat drastiskt från år

1992 fram till idag och som en konsekvens av detta behövs ersättningsmaterial för naturgrusandelen av ballast. Sådant ersättningsmaterial för naturgrus utgörs av råberg från bergtäkter eller entreprenadberg som uppstår i samband med t.ex. infrastrukturprojekt.

Vad gäller behovet av ballast inom Stockholmsregionen kan det vidare konstateras att Stockholms stad, Järfälla kommun, Nacka kommun och Solna stad har åtagit sig, inom ramen för Stockholmsförhandlingen och Sverigeförhandlingen, att bygga 82 000 nya bostäder i tunnelbanans närområde. I rapporten *Hållbar ballastförsörjning – förutsättningar i Stockholms och Uppsala län* (SGU, 2018) fastslås vidare att Stockholm-Uppsalaregionen är den mest expansiva regionen i Sverige och att pågående och framtida investeringar inom bygg- och anläggningsområdet innebär ett stort och ökande behov av ballast i regionen. Av rapporten framgår vidare att det i särklass största behovet av ballast fram till 2035 kommer finnas i tätortsområdet Stockholm. Enligt Regionens uppfattning kan det således inte finnas några tvivel om att det under de kommande åren kommer att finnas ett stort behov av ballastmaterial inom Stockholmsregionen.

Samtidigt som det finns ett stort behov, visar rapporten *Tekniska försörjningssystem för masshantering och täkter* (Tillväxt- och regionplaneförvaltningen, 2017) att det kommer råda brist på ballastmaterial under de närmaste åren inom ett geografiskt område som omfattar Stockholm och Uppsala. Enligt Regionen förutses därför behovet av ballast vara större än tillgången på ballastmaterial under de närmaste åren. Entreprenadberg från tunnelprojekt kommer således att utgöra en viktig resurs som kan nyttjas vid anläggningsprojekt inom Stockholmsregionen. Eftersom den omfattande nybyggnationen av bostäder sker inom samma område där den nya tunnelbanan byggs ut, finns även logistiska fördelar med att använda entreprenadberg från tunnelbaneprojektet vid nybyggnationen där det kan användas direkt för anläggande av vägar, gator och utfyllnadsarbeten. Jämfört med alternativet att bergmassor hämtas på ett längre avstånd, innebär användningen av entreprenadberg från tunnelbaneprojektet kortare transportsträckor och därmed mindre belastning på vägnätet och mindre utsläpp från transporter. En användning av entreprenadberg innebär som nämnts även en god hushållning med naturresurser eftersom entreprenadberget ersätter det bergmaterial som annars hade behövt brytas i grus- och bergtäkter.

Enligt vad redogjorts ovan finns det således över tid ett behov och en efterfrågan på entreprenadberg från tunnelbaneprojekten inom Stockholmsregionen. Vidare finns det tydliga logistiska och miljömässiga fördelar med att använda entreprenadberg vid anläggningsprojekt inom regionen jämfört med om ballastmaterial skulle transporteras från täkter utanför närområdet. I sammanhanget kan det även nämnas att Länsstyrelsen tidigare, inom ramen för tillståndsprövningen av anläggande och drift av tunnelbana från Kungsträdgården till Nacka och söderort, uttalat att det i ett längre tidsperspektiv finns en efterfrågan på tunnelberg från den verksamhet som prövades i målet och även ansett att det var viktigt att tunnelberget kunde komma till nytta som ersättningsmaterial för krossprodukter från bergtäkter.²

3.5 Länsstyrelsens bedömning avseende klassningen av entreprenadberget

Länsstyrelsen har i beslut riktade mot Skanska³ respektive NCC⁴ gjort bedömningen att entreprenadberg från Regionens tunnelbyggande inte kan klassificeras som en biprodukt eftersom entreprenadberget, enligt länsstyrelsens bedömning, inte utgör ett föremål som

² Mark- och miljödomstolens mål nr M 1431-17, aktbilaga 395.

³ Länsstyrelsen i Stockholms län beslut den 18 december 2019, dnr 505-24128-2019.

⁴ Länsstyrelsen i Stockholms län beslut den 18 december 2019, dnr 505-46629-2018.

uppkommit i en produktionsprocess, i enlighet med vad som anges 15 kap. 1 § andra stycket miljöbalken. Vi uppfattar att denna bedömning grundar sig i en snäv tolkning av begreppet ”produktionsprocess” som bland annat stödjer sig på vissa uttalanden som Naturvårdsverket gjort i sin vägledning om *Avfall i anläggningsarbeten* från januari 2016, där Naturvårdsverket redogjort för sin syn på hur man ska klassa överskottsmassor som uppstår vid byggande av vägar och järnvägar.⁵ Enligt vår bedömning är tolkningen gjord utifrån felaktiga utgångspunkter, vilket närmare redogörs för nedan.

4. Bedömning av rättsläget och klassificeringen av entreprenadberg från tunnelbaneprojekten

4.1 Bestämmelsen om biprodukter

Bestämmelsen om biprodukter infördes genom artikel 5(1) i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/98/EG (”**Avfallsdirektivet**”). Bestämmelsen byggde på tidigare rättspraxis från EU-domstolen. Efter de ändringar som gjordes genom Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2018/851 om ändring av direktiv 2008/98/EG om avfall (”**Ändringsdirektivet**”) har bestämmelsen i artikel 5(1) Avfallsdirektivet följande lydelse.

Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att se till att ett ämne eller ett föremål som uppkommer genom en produktionsprocess vars huvudsyfte inte är att producera detta ämne eller föremål inte betraktas som avfall utan som en biprodukt om följande villkor är uppfyllda:

- a) Det ska vara säkerställt att ämnet eller föremålet kommer att fortsätta att användas.
- b) Ämnet eller föremålet ska kunna användas direkt utan någon annan bearbetning än normal industriell praxis.
- c) Ämnet eller föremålet ska produceras som en integrerad del i en produktionsprocess.
- d) Den fortsatta användningen ska vara laglig, dvs. ämnet eller föremålet ska uppfylla alla relevanta produkt-, miljö- och hälsoskydds krav för den specifika användningen och inte leda till allmänt negativa följder för miljön eller människors hälsa.

Bestämmelsen införlivades i svensk rätt genom ändring i 15 kap. 1 § miljöbalken som trädde i kraft den 10 juli 2011 genom SFS 2011:734. Genom en ytterligare lagändring som trädde i kraft den 2 augusti 2016 (SFS 2016:782) ändrades paragrafen så att ordet ”tillverkningsprocess” ersattes med ”produktionsprocess”. Sedan den 1 augusti 2020 (SFS 2020:601) har paragrafen följande lydelse.

⁵ <http://www.naturvardsverket.se/upload/stod-i-miljoarbetet/vagledning/avfall/vagledn-hantering-massor-infrastrukturproj.pdf>

Med avfall avses i denna balk varje ämne eller föremål som innehavaren gör sig av med eller avser eller är skyldig att göra sig av med.

Ett ämne eller föremål som uppkommit i en produktionsprocess där huvudsyftet inte är att producera ämnet eller föremålet ska anses vara en biprodukt i stället för avfall, om

1. det är säkerställt att ämnet eller föremålet kommer att fortsätta att användas,
2. ämnet eller föremålet kan användas direkt utan någon annan bearbetning än den bearbetning som är normal i industriell praxis,
3. ämnet eller föremålet har producerats som en integrerad del av produktionsprocessen, och
4. den användning som avses i 1 inte strider mot lag eller annan författning och inte leder till allmänt negativa följder för miljön eller människors hälsa.

I det följande diskuteras huruvida entreprenadberget kan uppfylla de kriterier för en biprodukt som anges i 15 kap. 1 § miljöbalken, i ljuset av Avfallsdirektivet. I samband härmed diskuteras även de tolkningar av begreppet som Länsstyrelsen och Naturvårdsverket har gett uttryck för.

4.2 Begreppet ”produktionsprocess”

Lydelsen av 15 kap. 1 § andra stycket miljöbalken innebär att bara ett ämne eller föremål som uppkommit i en *produktionsprocess* kan anses vara en biprodukt. Begreppet ”produktionsprocess” ersatte det tidigare begreppet ”tillverkningsprocess” som fanns i bestämmelsen fram till 2016. I förarbetena anges att begreppet produktionsprocess infördes för att bättre spegla det bredare tillämpningsområde som bestämmelsen om biprodukter är avsedd att ha, eftersom ”biprodukter” inte enbart uppkommer i vad som kan anses som tillverkningsprocesser utan även i andra processer som t.ex. djurhållning.⁶ Begreppet ”tillverkningsprocess” har således utmönstrats ur bestämmelsen om biprodukter.

Bestämmelsen om biprodukter i miljöbalken utgör en implementering av artikel 5 i Avfallsdirektivet. De begrepp som förekommer i bestämmelsen ska därför tolkas i enlighet med Avfallsdirektivets syften och relevanta avgöranden från EU-domstolen. För tolkningen av begreppet kan även EU-kommissionens ”Guidelines on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste” (**”EU-kommissionens vägledning till Avfallsdirektivet”**) erbjuda vägledning. I sammanhanget bör det poängteras att Avfallsdirektivet, sedan ikraftträdandet av ändringsdirektivet, innebär en *skyldighet* för Sverige att se till att föremål klassificeras som biprodukter när de kriterier som framgår av direktivet är uppfyllda.⁷ Medlemsstaterna har således inte möjlighet att själva bestämma om ett ämne eller föremål som uppfyller kriterierna i artikel 5 i Avfallsdirektivet ska klassificeras som en biprodukt. Enligt p. 16 i preamblen till Ändringsdirektivet framgår vidare att syftet med bestämmelsen om biprodukter är att främja hållbar resursanvändning och industriell symbios samt att avsikten från EU-lagstiftarens sida har varit att göra det enklare att erkänna ett föremål som en biprodukt,

⁶ Prop. 2015/16:166 s. 61

⁷ Artikel 5 i Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2018/851 av den 30 maj 2018 om ändring av direktiv 2008/98/EG om avfall.

förutsatt att kraven i bestämmelsen uppfylls.⁸ Att den svenska bestämmelsen om biprodukter ska tolkas i ljuset av Avfallsdirektivet, EU-domstolens avgöranden och EU-kommissionens vägledning till Avfallsdirektivet framgår även tydligt av förarbetena till bestämmelsen.⁹

Begreppet *produktionsprocess* definieras varken i Avfallsdirektivet eller i miljöbalken. Det saknas även rättspraxis från EU-domstolen som definierar begreppet. Den rättspraxis som EU-lagstiftaren utgick ifrån när Avfallsdirektivet tillkom talade omväxlande om ”tillverkningsprocess” (*manufacturing process* i den engelska översättningen) och ”produktionsprocess” (*production process* i den engelska översättningen). Som nämnts ovan är det dock, sedan Avfallsdirektivet trädde i kraft 2008, det senare begreppet som gäller.

Även om det saknas en definition av begreppet produktionsprocess så är det emellertid tydligt att begreppet ska tolkas brett. Enligt EU domstolens praxis framgår nämligen att exempelvis avloppsvatten från boskap, som genereras inom lantbruk, kan anses ha uppkommit i en produktionsprocess.¹⁰ Enligt Avfallsdirektivet framgår vidare att EU-lagstiftarens avsikt har varit att icke förorenad jord och annat naturligt förekommande material som grävts ut i samband med byggverksamhet kan anses ha uppkommit i en produktionsprocess. Av artikel 2.1 c) i Avfallsdirektivet framgår nämligen att följande undantas från direktivets tillämpningsområde.

Icke förorenad jord och annat naturligt förekommande material som grävts ut i samband med byggverksamhet, när det är säkerställt att materialet kommer att användas för byggnation i sitt naturliga tillstånd *på den plats där grävningen utfördes*.

Samtidigt framgår följande av p. 11 i preambeln till Avfallsdirektivet.

Frågan huruvida icke förorenad jord från utgrävningar och andra naturligt förekommande material som används *på andra platser än där grävningen utfördes* är avfall eller inte bör avgöras i enlighet med definitionen av avfall och bestämmelserna om biprodukter eller om när avfall upphör att vara avfall enligt detta direktiv.

Det är således tydligt att EU-lagstiftaren menar att massor som grävts ut i samband med byggverksamhet ska anses ha uppkommit i en produktionsprocess samt att sådana massor kan anses utgöra biprodukter förutsatt att övriga kriterier i bestämmelsen om biprodukter är uppfyllda.

Mot bakgrund av ovanstående är vår bedömning att bergmaterial från infrastrukturprojekt, såsom Regionens tunnelbaneprojekt, utgör föremål som har uppkommit i en produktionsprocess. Genom Regionens tunnelbaneprojekt produceras tunnelbaneanläggningar. Det finns i detta avseende ingen principiell skillnad mellan tunnelbaneanläggningen och andra produkter, som t.ex. de tåg som ska köras i tunnelarna. För att producera tunnelbaneanläggningar måste tunnlar anläggas, och i detta fall anläggs tunnelarna genom tunneldrivning i berg, varigenom bergmassor uppstår. Det är inte produktionsprocessens huvudsyfte att tillskapa bergmassor. En parallell kan även dras till grävning i samband med byggverksamhet där massor

⁸ Se p. 16 i preambeln till Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2018/851 av den 30 maj 2018 om ändring av direktiv 2008/98/EG om avfall.

⁹ Prop. 2019/20:22 s. 9-12.

¹⁰ Mål C-121/03, Spanish Manure, p. 60 samt EU-kommissionens vägledning till Avfallsdirektivet s. 19. Jfr även prop. 2015/16:166 s. 61 där regeringen konstaterar att ”biprodukter” kan uppkomma i andra processer än vad som kan anses som tillverkningsprocesser, t.ex. i samband med djurhållning.

uppkommer utan att uppkomsten av massorna utgör huvudsyftet med produktionsprocessen. Bergmassor som uppkommer vid Regionens tunnelbaneprojekt ska därför, om övriga kriterier i 15 kap. 1 § är uppfyllda, anses vara en biprodukt och inte avfall.

I sammanhanget bör det även påpekas att mark- och miljödomstolarna i mål enligt den tidigare lagstiftningen om biprodukter bedömt att bergmassor från byggandet av vägtunnlar och andra berganläggningar i vägprojekt kan utgöra biprodukter. I mål nr M 3342-11 och mål nr M 3346-11 fastslog mark- och miljödomstolen vid Nacka tingsrätt att bergmassor som uppkom i samband med vägprojektet Förbifart Stockholm kunde anses som en biprodukt av en produktionsprocess i form av industriell byggverksamhet för anläggande av vägtunnel. I målet uttalade domstolen även att det vid anläggande av vägtunnel i ett expansivt storstadsområde måste anses som normalt i industriell praxis att krossa bergmaterial så att det direkt kan användas i andra bygg- och anläggningsprojekt.

Det bör vidare påpekas att det *på tillsynsnivån*, där klassificeringen av ämnen och föremål som avfall eller biprodukter sker, sällan har ifrågasatts att bergmaterial från infrastrukturprojekt faller under begreppet ”föremål som uppkommit i en produktionsprocess”. Istället har klassificeringsfrågorna handlat om huruvida massorna varit lämpliga för avsedd fortsatt användning. Naturvårdsverket har dock i olika sammanhang, bl.a. i mål M 3342-11 och mål nr M 3346-11 som hänvisas till i stycket ovan, drivit linjen att det inte endast är den fortsatta användningen eller följderna för miljö och hälsa som ska vara avgörande för klassificeringen av massor från infrastrukturprojekt, utan även en snäv definition av begreppet produktionsprocess.

Länsstyrelsen har i besluten riktade mot Skanska respektive NCC (se avsnitt 3.5 ovan) grundat sin tolkning av begreppet ”produktionsprocess” på uttalanden som görs i Naturvårdsverkets vägledning *Avfall i anläggningsarbeten* från januari 2016. Nedan lämnar vi därför några kommentarer vad gäller rättskällevärdet av uttalandena i Naturvårdsverkets vägledning.

Som anges ovan ska begreppet produktionsprocess tolkas utifrån Avfallsdirektivet och EU-domstolens rättspraxis. Naturvårdsverkets vägledning saknar däremot, av flera skäl, relevans för tolkningen av detta begrepp. För det första publicerades vägledningen innan SFS 2016:782 trädde i kraft, dvs. innan lagstiftaren frångick det snävare begreppet tillverkningsprocess till förmån för det bredare begreppet produktionsprocess. Vägledningen avser således begreppet ”tillverkningsprocess” och inte begreppet ”produktionsprocess” som finns i nuvarande bestämmelser om biprodukter enligt Avfallsdirektivet och miljöbalken. För det andra är det Avfallsdirektivets syfte och lydelse samt relevanta avgöranden från EU-domstolen som utgör de primära rättskällorna när det gäller tolkningen av de begrepp som finns i Avfallsdirektivet. Naturvårdsverkets vägledningar i sådana frågor kan visserligen vara till hjälp för tillsynsmyndigheternas arbete, men de saknar värde som rättskällor, och vid eventuell motstridighet mellan Naturvårdsverkets vägledningar och de EU-rättsliga källorna, måste därför de sistnämnda ges företräde. Naturvårdsverkets vägledning kan därför inte tillmätas någon avgörande betydelse vid tolkningen av begreppet produktionsprocess. I sammanhanget bör särskilt noteras att vägledningen i fråga saknar hänvisningar till vedertagna rättskällor och istället hänvisar till att myndigheten, på informell basis, frågat kommissionen hur begreppet tillverkningsprocess ska tolkas.

Vad gäller de uttalanden i vägledningen som nu är i fråga framgår följande på s. 2 i Naturvårdsverkets vägledning.

Naturvårdsverket har frågat kommissionen om termen tillverkningsprocess kan tillämpas t.ex. vid vägbyggnation. Kommissionen svarade att en tillverkningsprocess kan definieras som omvandlingen av material genom mekanisk eller kemisk väg för att skapa flera enheter av samma objekt som i

allmänhet innebär användning av råa eller sekundära material, maskiner och arbetskraft. Enligt vägledningen skulle därför de restprodukter som uppstår vid t.ex. vägbyggen inte falla in under begreppet tillverkningsprocess och därmed ska de inte klassas som biprodukter.

Ovanstående uttalande återspeglar dock inte hela det svar som gavs av tjänstemannen på EU-kommissionen. Vi har nämligen tagit del av e-postkontakten som Naturvårdsverket tog med kommissionen 2014. Av kommissionens svar kan följande utläsas:

1. Att schaktmassor och andra naturligt förekommande material som uppkommer i samband med sprängning och grävning kan anses vara biprodukter om de möter övriga kriterier enligt art. 5(1) Avfallsdirektivet (enligt p. 11 i preambeln till Avfallsdirektivet).
2. Att frågan om huruvida ett föremål utgör biprodukt eller avfall ska avgöras från fall till fall i enlighet med EU-domstolens rättspraxis avgöras.
3. Att begreppet produktionsprocess inte har definierats inom EU-rätten, men att kommissionens tjänsteman säger sig tro att detta begrepp är relaterat till *”omvandlingen av material genom mekanisk eller kemisk väg för att skapa flera enheter av samma objekt som i allmänhet innebär användning av råa eller sekundära material, maskiner och arbetskraft”*. Mot bakgrund av detta anger tjänstemannen även att hans bedömning är att sprängning och schaktning i samband med vägarbeten inte kan anses utgöra en tillverkningsprocess enligt Avfallsdirektivet. Tjänstemannen var dock noga med att poängtera att Naturvårdsverket inte får tolka detta uttalande som EU-kommissionens officiella ståndpunkt, och att det i slutändan bara är EU-domstolen som har kompetens att tolka EU-rätten.

Av svaret framgår således att tjänstemannens bedömning grundar sig på en definition av begreppet produktionsprocess som inte har något stöd i EU-domstolens praxis samt att hans bedömning inte utgör EU-kommissionens officiella ståndpunkt i frågan. Såvitt framgår har inga närmare efterforskningar gjorts och inte heller synes tjänstemannen har varit medveten om att bedömningen skulle ligga till grund för ett av Naturvårdsverket publicerat ställningstagande. Tjänstemannen understryker även att det i slutändan bara är EU-domstolen som har kompetens att tolka EU-rätten. Den e-postkontakt som Naturvårdsverket grundar sin vägledning på har därför inget värde som rättskälla.

Det finns enligt vår mening även skäl att ifrågasätta rimligheten i den snäva tolkning av begreppet produktionsprocess som framkommer i Naturvårdsverkets vägledning. En sådan snäv tolkning synes nämligen vara baserad på en lingvistisk tolkning som står i strid med syftet bakom bestämmelsen om biprodukter, det vill säga att främja miljönyttan av hållbar resursanvändning. En bred tolkning av begreppet produktionsprocess kan däremot motiveras ur miljösynpunkt och ligger i linje med bestämmelsens syfte.

Vår sammanfattande bedömning är således att entreprenadberg som uppkommer i samband med tunnelbanebyggnation ska anses utgöra ett föremål som uppkommit i en produktionsprocess.

4.3 De särskilda biproduktskriterierna enligt miljöbalken

4.3.1 Säkerställande av fortsatt användning

Tillämpningen av det första kriteriet innebär att det ska vara säkerställt att entreprenadberget fortsätter användas. I förarbetena till bestämmelsen poängteras att det är svårt – eller till och med omöjligt – att vid en given tidpunkt visa vad som faktiskt kommer att ske i framtiden. Det som ska visas enligt det första kriteriet är därför de omständigheter som vid en given tidpunkt kan anses innebära att en framtida användning är säkerställd, dvs. att användning kommer att ske som planerat om inget oförutsebart inträffar.¹¹ Av EU-domstolens rättspraxis framgår vidare att den omständigheten att ett föremål används på ett sätt som ger upphov till en ekonomisk fördel för producenten, som går utöver den att göra sig av med produkten, talar för att det första kriteriet är uppfyllt.¹² Enligt EU-domstolens rättspraxis är det första kriteriet även uppfyllt om det kan visas att föremålet uppfyller ett behov för andra ekonomiska aktörer än producenten själv.¹³

Vad gäller entreprenadberg kan det konstateras att användning av entreprenadberg för anläggningsändamål är gängse inom alla typer av anläggningsprojekt, från tunnelbyggande till husbyggnation. Som exempel kan entreprenadberg användas direkt för anläggande av vägar och gator samt för utfyllnadsarbeten. Genom krossning är det vidare möjligt att säkerställa att entreprenadberget kan fylla i princip samma funktion som berg brutet i bergtäkter, vilket ger ett än bredare användningsområde för entreprenadberget. Det är således uppenbart att entreprenadberget kan användas på ett sätt som ger upphov till en ekonomisk fördel för producenten som går utöver den att göra sig av med produkten samt att entreprenadberget kan uppfylla ett behov för andra aktörer som utför anläggningsarbeten. Ett tydligt exempel på användning av entreprenadberget är även det faktum att en viss del av det entreprenadberg som uppkommer vid tunneldrivningen kommer att användas för anläggningsändamål inom ramen för tunnelbaneprojekten, se vidare avsnitt 4.3.2 nedan.

Som framgår av avsnitt 3.4 ovan bedömer Regionen att det finns ett stort behov av ballastmaterial inom Stockholmsregionen under de kommande åren till följd av planerade nybyggnationer. Samtidigt förutses ett underskott av ballastmaterial inom Stockholmsregionen under de kommande åren. Entreprenadberget kommer därför att utgöra en viktig resurs i samband med de planerade nybyggnationerna där entreprenadberget kan användas för anläggande av vägar, gator och utfyllnadsarbeten. Enligt Regionen finns det således ett tydligt behov av entreprenadberg inom Stockholmsregionen vilket säkrar fortsatt användning av det entreprenadberg som uppkommer vid tunnelbaneprojekten.

Vi noterar vidare att avtal redan har träffats med entreprenörer som bedriver materialterminaler i närområdet för mottagning av entreprenadberg från byggnationen av huvudtunnlar och stationer. Det tycks därmed redan finnas en avsättning för det entreprenadberg som uppkommer under hela byggprocessen.

Vår bedömning är således att det finns förutsättningar för Regionen att visa att fortsatt användning av entreprenadberget är säkerställd.

¹¹ Prop. 2019/20:22 s. 11.

¹² Mål C-113/12 Donald Brady p 57. Jfr även mark- och miljööverdomstolens avgörande i mål M 11690-18 där domstolen hänvisar till det aktuella avgörandet.

¹³ Mål C-121/03, Spanish Manure, p. 61.

4.3.2 Användning utan annan bearbetning än som är normal i industriell praxis

Tillämpningen av det andra kriteriet innebär att entreprenadberget ska kunna användas direkt utan någon annan bearbetning än den som är normal i industriell praxis. Enligt EU-kommissionens vägledning till Avfallsdirektivet uttalas att mekanisk bearbetning som syftar till att ändra storleken eller formen av ett föremål utgör ett exempel på bearbetning som är normal i industriell praxis. Bearbetningsmetoder som syftar till att förändra ett föremåls avfallskaraktäristiska egenskaper, såsom dess föroreningsgrad, kan dock inte anses vara normal i industriell praxis enligt vägledningen.¹⁴

Det entreprenadberg som uppkommer i samband med tunnelbaneprojekten kan *användas direkt på plats* under genomförandet av entreprenaderna. Under byggnationen av tunnlar behövs ett bärlager i botten av tunnarna och för detta kan man använda sprängsten, vilken sorteras på plats (harpas) med avseende på önskvärda fraktioner. Entreprenadberget kan också användas direkt på plats vid utfyllnad av etableringsytor eller vid skapande av dränering för dagvatten.

Utöver användning direkt på plats inom ramen för tunnelbaneprojekten finns det även möjlighet att använda entreprenadberget för *direkt utfyllnad* vid bygg- och anläggningsändamål inom andra projekt i närområdet. I centrala Stockholm pågår utbyggnad av gator, vägar och bostäder där entreprenadberg kan användas. En sådan användning innebär en god resurshushållning och minskade transportavstånd.

I övrigt kommer entreprenadberget transporteras till materialterminaler, där det genomgår bearbetning, i form av krossning och sortering, för att kunna användas för *flera* användningsområden. Bearbetning är således inte en nödvändig förutsättning för att entreprenadberget ska kunna användas men genom krossning och sortering av entreprenadberget utökas dess potentiella användningsområden på så sätt att entreprenadberget i princip kan fylla samma funktion som täktmaterial. Bearbetningen syftar således till att förändra entreprenadbergets storlek och form och inte några förorenande eller liknande avfallskaraktäristiska egenskaper hos entreprenadberget. Såvitt vi kan förstå måste denna bearbetning därför kunna anses vara normal i industriell praxis.

I detta sammanhang bör det även påpekas att mark- och miljödomstolen vid Nacka tingsrätt i mål nr M 3342-11 fastslog att bergmassor som uppkom i samband med vägprojektet Förbifart Stockholm kunde klassas som en biprodukt enligt tidigare lagstiftning. I målet uttalade domstolen att det vid anläggande av vägtunnel i ett expansivt storstadsområde måste anses som normalt i industriell praxis att krossa bergmaterial så att det direkt kan användas i andra bygg- och anläggningsprojekt.

Enligt vår bedömning synes det således vara utrett att entreprenadberget kan användas utan annan bearbetning än som är normal i industriell praxis. Detta gäller oavsett om man använder entreprenadberget direkt på plats inom tunnelbaneprojekten, använder det för direkt utfyllnad inom andra projekt eller skickar det till materialterminaler för bearbetning genom krossning och sortering innan användning för andra ändamål.

¹⁴ EU-kommissionens vägledning till Avfallsdirektivet s. 17.

4.3.3 Integrerad del av produktionsprocessen

Tillämpningen av det tredje kriteriet innebär att entreprenadberget ska ha producerats som en integrerad del av produktionsprocessen.

Vid Regionens tunnelbanebyggnation kommer bergmassor att genereras. Huvudsyftet med verksamheten är dock inte att generera bergmassor utan att producera en tunnelbaneanläggning. För att producera tunnelbaneanläggningar måste emellertid tunnlar drivas och genom tunneldrivningen uppstår bergmassor. Det är inte produktionsprocessens huvudsyfte att tillskapa bergmassor, och eftersom metoden med att borra och spränga ut berget sedan länge är väl etablerad kan bergmassorna inte heller anses uppkomma endast som ett resultat av ett visst teknikval. Bergmassorna produceras således som en integrerad del i produktionsprocessen.

Vår bedömning är således att entreprenadberget som uppkommer i samband med Regionens tunnelbanebyggnation ska anses uppkomma som en integrerad del av en produktionsprocess.

4.3.4 Följder för miljön eller människors hälsa

Tillämpningen av det fjärde kriteriet innebär att användningen inte får strida mot lag eller annan författning och inte leda till allmänt negativa följder för miljön eller människors hälsa. Enligt EU-domstolens praxis har den omständigheten att särskilda försiktighetsåtgärder måste vidtas vid användningen av en restprodukt för att skydda miljön setts som en indikation på att en restprodukt ska anses utgöra avfall.¹⁵

Vad gäller användning av entreprenadberg för anläggningsändamål kan det inledningsvis konstateras att en sådan användning inte strider mot lag eller annan författning. Enligt uppgifter från Regionen framgår vidare att entreprenadberget i Stockholmsregionen generellt är av sådan kvalitet att det utan behandling kan nyttiggöras utan negativa följder för miljö och hälsa samt att det inte kommer att vara nödvändigt att vidta några särskilda försiktighetsåtgärder i samband med användningen av entreprenadberget. Kontroller kommer dock att ske löpande för att identifiera eventuella massor som inte är lämpliga att använda för sådana ändamål. Sådana kontroller måste enligt vår bedömning anses vara normala i industriell praxis och kan inte anses utgöra särskilda försiktighetsåtgärder.¹⁶

Vår bedömning är således att det finns förutsättningar för Regionen att visa att användningen av entreprenadberg som uppkommer i samband med Regionens tunnelbanebyggnation generellt inte leder till några negativa följder för miljön eller människors hälsa.

Inom ramen för tillståndsprövningarna av tunnelbaneprojekten har fråga uppkommit huruvida sulfidhaltigt berg kan komma att påträffas vid tunneldrivningen. Enligt Regionens utredning är sulfidhaltigt berg sällan förekommande i Stockholmsregionen, men berg med låga halter av sulfider kan påträffas undantagsvis och blir då föremål för särskild hantering. Enligt vår bedömning bör frågan om sådant sulfidhaltigt berg utgör en biprodukt bedömas separat från frågan om övrigt icke-sulfidhaltigt berg utgör en biprodukt. Det är alltså möjligt att bedöma att *majoriteten* av bergmassorna från tunnelbaneprojekten utgör biprodukter medan vissa partier bergmassor *potentiellt* skulle kunna utgöra avfall, om det konstateras att massorna har särskilda förorenande egenskaper som medför att användning av massorna skulle kunna leda till allmänt

¹⁵ Se t.ex. EU-domstolens förenade mål C-418/97 och C-419/97, Arco Chemie p 87-88 och mål C-9/00 Palin Granit p 43. Jfr även mark- och miljööverdomstolens avgörande i mål M 11690-18 där domstolen hänvisar till de aktuella avgörandena.

¹⁶ Jfr EU-kommissionens vägledning till Avfallsdirektivet s. 18.

negativa följder för miljön eller människors hälsa. Samtidigt bör det dock framhållas att Regionen har tagit del av de erfarenheter som vunnits av Trafikverket inom projektet Förbifart Stockholm. Inom det projektet påträffades visst sulfidhaltigt berg, vilket kunde nyttiggöras med beaktande av dess inneboende egenskaper. Regionens bedömning är att sådan hantering är normal i industriell praxis. Det framstår därför som att entreprenadberg bör kunna användas på ett sätt som inte leder allmänt negativa följder för miljön eller människors hälsa även om det innehåller låga halter av sulfider. Under den förutsättningen bör även sådant berg kunna klassificeras som biprodukt.

Stockholm den 7 oktober 2020

MANNHEIMER SWARTLING ADVOKATBYRÅ

Felicia Ullerstam

Martin Johansson

Mathias Kyrklund