



INTERNATIONELLA
HANDELSHÖGSKOLAN
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

En utredning av Rom I- förordningens artikel 4.1(h)

Filosofie kandidatuppsats i affärsjuridik

Författare: Jimmie Jeremejev

Handledare: Marie Larsson Linton

Framläggningsdatum 2010-05-12

Jönköping maj 2010

Kandidatuppsats inom internationell privaträtt

Titel: En utredning av Rom I-förordningens artikel 4.1(h)
Författare: Jimmie Jeremejev
Handledare: Marie Larsson Linton
Datum: 2010-05-12
Ämnesord Artikel 4.1(h), Multilaterala system, Finansiella Instrument

Sammanfattning

Rom I-förordningens Artikel 4.1(h) fastställer vilken lag som ska vara tillämplig på avtal rörande finansiella instrument som sluts i multilaterala system. Problemet är dock att de avtal som sluts i multilaterala system oftast innehåller standardklausuler som på förhand valt tillämplig lag. I de fall lagvalsklausuler finns, är i istället Rom I-förordningens artikel 3.1 tillämplig. Att finna ett egentligt behov av artikeln är således svårt och artikelns snäva omfattningsområde gör att artikeln i själva verket bara kommer användas i undantagsfall. Rättsläget är dock för tillfället oklart eftersom Rom I-förordningen fortfarande är relativt ung. Det är därför av vikt att framtida praxis på området tydligt fastställer hur artikel 4.1(h) ska tillämpas för att uppfylla ett större behov inom den internationella privaträtten.

Bachelor's Thesis in private international law

Title: An investigation of article 4.1(h) in the Rome I Regulation
Author: Jimmie Jeremejev
Tutor: Marie Larsson Linton
Date: 2010-05-12
Subject terms: Article 4.1(h), Multilateral systems, Financial Instruments

Abstract

Article 4.1(h) in the Rome I regulation establishes which law that will be applicable on contracts concerning financial instruments concluded in multilateral systems. The main problem is that most contracts concluded within these systems have standard clauses which contain a clause on the applicable law. If this is the case, Article 3.1 in the Rome I Regulation is applicable instead. This problem makes it difficult to find a need for article 4.1(h) if it will only be applicable in exceptional cases. However, the legal position on this matter is still unclear since the Rome I Regulation has just been put into force. It is therefore important that future case law, in a clear and precise way, determines how article 4.1(h) shall be used in order for it to be properly used within the sphere of international private law.

Innehåll

1	Inledning	2
1.1	Problemformulering.....	2
1.2	Syfte och avgränsning.....	3
1.3	Metod och material.....	3
2	En introduktion till den IP-rättsliga regleringen	4
2.1	Romkonventionen i allmänhet.....	4
2.1.1	Det subjektiva och objektiva lagvalet.....	4
2.1.2	Utformning och tillämpning av artikel 4.....	4
2.1.3	Finansiella instrument regleras inte i konventionen.....	5
2.2	Rom I-förordningen i allmänhet.....	5
2.2.1	Det subjektiva och objektiva lagvalet.....	5
2.2.2	Utformande och tillämpning av artikel 4.....	6
2.3	MiFID-direktivet.....	7
3	Avtal om finansiella instrument i ett multilateralt system	8
3.1	Terminologin.....	8
3.1.1	Begreppet "multilaterala system".....	8
3.1.2	Vilka finansiella instrument avses?.....	9
3.1.3	Icke skönmässiga regler.....	10
3.2	Skapandet av artikel 4.1(h).....	11
3.3	Den tillämpliga lagen.....	12
3.3.1	Sammanfattande kommentarer.....	14
3.4	Behovet av artikel 4.1(h).....	14
3.4.1	Behovet ur aktörernas synvinkel.....	15
3.4.2	Ett behov baserat på förordningens universella karaktär.....	16
3.4.3	Ett behov baserat på förordningens privaträttsliga karaktär.....	17
3.4.4	Sammanfattande kommentarer.....	17
3.5	Begränsningar i tillämpningen av artikel 4.1(h).....	18
3.5.1	Undantagen i artikel 1.2(d) Rom I-förordningen.....	18
3.5.2	Undantagandet av varor i artikel 4.1(h).....	20
3.5.3	Sammanfattande kommentarer.....	20
4	Sammanfattande slutsats	22
4.1	Uppfyller artikel 4.1(h) något syfte?.....	22
4.2	Slutsats.....	25
	Referenslista	27

1 Inledning

1.1 Problemformulering

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, tillsammans med sin företrädare 1980 års Rom-konvention om tillämplig lag på avtalsförpliktelser, reglerar avtalsförpliktelser på privaträttens område i situationer där lagkonflikt uppstår. Den artikel som reglerar tvister där parterna redan gjort ett lagval är artikel 3 Rom I. Det relevanta lagrummet i sammanhanget är dock artikel 4, som fastställer tillämplig lag när parterna *inte* gjort lagval.

Med Rom I följde ett flertal fasta lagvalsregler för vissa givna situationer där parterna inte på förhand valt tillämplig lag, exempelvis vid köp av varor eller tjänsteavtal. En av dessa fasta lagvalsregler var artikel 4.1(h) vars ordalydelse, vilken innefattade begrepp som multilaterala system och finansiella instrument, skapade huvudbry bland rättsvetare inom området. Punkterna (a-g) i artikel 4.1 fastställer vilket lands lag som ska användas i givna situationer, exempelvis där säljaren har sin vanliga vistelseort. Artikel 4.1(h) stadgar istället att det ska vara lagen i det multilaterala system inom vilket avtalet med finansiella instrument slutits som är tillämplig. Vidare hänvisar dessutom punkten (h) till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument (MiFID-direktivet) för utredning av vilka finansiella instrument som omfattas av bestämmelsen.

Om nu lagstiftaren valde att upprätta ett flertal fasta och tydliga lagvalsregler vilka var ämnade att öka rättssäkerhet och förutsebarhet, varför skapa ett lagrum som kräver en omfattande utredning av såväl det aktuella systemets lag som de finansiella instrumenten i fråga? En kanske ännu viktigare fråga är dessutom huruvida lagrummet överhuvudtaget behövs? De flesta avtal som sluts inom de berörda systemen innehåller lagvalsklausuler vilket innebär att artikel 3 istället blir tillämplig.

Uppsatsen är således en utredning av innebörden och omfattningen av artikel 4.1(h) samt vilket behov, om något, den fyller inom den internationella privaträtten.

1.2 Syfte och avgränsning

Syftet med denna uppsats är i första hand att undersöka artikel 4.1(h) i Rom I-förordningen som reglerar avtal som ingåtts i ett multilateralt system. Utredningen är av vikt då artikeln är oklar och komplicerad vilket i sin tur kan leda till problem i rättstillämpningen.

Vidare kommer behovet av lagrummet att diskuteras då det är regel snarare än undantag att avtalen som sluts innehåller lagvalsklausuler. Frågan som uppstår blir således om artikel 4.1(h) är överflödigt till förmån för artikel 3 Rom I eller om det finns situationer då den med fördel kan användas.

Uppsatsen kommer avgränsa sig från *2006 års Haagkonvention om tillämplig lag för vissa rättigheter i fråga om finansiella instrument som förvaltas av en förmedlare (2006)* samt *UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities (2009)*. Båda konventionerna rör visserligen finansiella instrument men är mer inriktade på vem som har sakrätt till instrumenten och hur sakrätten fastställs.

1.3 Metod och material

Vid första anblick fann jag artikel 4.1(h) svårläst och relativt krånglig i förhållande till de övriga lagvalsreglerna i förordningen. För att skapa någon sorts klarhet har således en korsläsning gjorts mellan MiFID-direktivet och Rom I-förordningen. Även förslags-text har använts för att ge motiveringar till artikelns tillkomst. Praxis relaterat till artikel 4.1(h) finns inte vid denna tidpunkt.

Vidare har doktrin på området använts i den mån den funnits tillgänglig. Rom I-förordningen är trots allt ett relativt nytt lagrum (slutet på 2009) vilket har inneburit att analyserande texter kring just artikel 4.1(h) har varit väldigt få.

2 En introduktion till den IP-rättsliga regleringen

2.1 Romkonventionen i allmänhet

I dagens globaliserade värld är det knappast någon nyhet att behovet av en harmoniserad lagstiftning, vad gäller förmögenhetsrättsliga avtal, är starkt. Redan 1980 infördes således Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser och med den följde ett flertal enhetliga regler att fastställa vilket lands lag som var tillämplig på en tvist mellan avtalsparterna. Tanken var att skapa enhetliga lagvalsregler som, genom att eliminera skillnaderna i medlemsstaterna, ökade rättssäkerheten i gemenskapen.¹

2.1.1 Det subjektiva och objektiva lagvalet

Konventionens lagvalsregler bygger på tre grundläggande principer. Den första och viktigaste principen är *principen om partsautonomi*.² Den innebär att parterna själva har friheten att välja det lands lag som ska behandla avtalsförhållandet.

Den andra principen är den såkallade *närhetsprincipen* som innebär att en tvist ska vara underkastad rättsordningen som den har närmast anknytning till. Principen används främst vid bestämmandet av behörig domstol och baserar sig på tanken att domstolen i den ort där skadan uppkommit får anses vara den mest lämpade att pröva tvisten.

Avslutningsvis nämns även *skydd för svagare part* vilket exempelvis aktualiseras i konsument- eller arbetstagarförhållanden. Syftet är att se till att den underlägsna parten inte berövas det skydd han eller hon fått i hemlandet.

2.1.2 Utformning och tillämpning av artikel 4

Den praktiska betydelsen av lagvalsreglerna är inte svår att förstå, vilket kan illustreras med ett exempel som involverar en svensk och en tysk part. Pondera här att den tyska leverantören ska leverera varor till en svensk grossists lager i Belgien och betalning ska ske i euro men till kontoret i Sverige. Den ena parten vill nu väcka talan mot andra för avtalsbrott och gör detta i Sverige där den behöriga svenska domstolen ställs inför frågan vilket lands lag som ska tillämpas på tvisten. Har parterna en lagvalsklausul i avtalet blir domstolens jobb tämligen enkelt, men vad sker när inget lagval gjorts? Den relevanta artikeln i sammanhanget är den som reglerar lagvalet i situationer där parterna

¹ Pålsson, Lennart, Romkonventionen, s. 13.

² Grönbok om omvandling av 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, KOM (2002) 654 slutlig, s.11.

inte på förhand bestämt vilket lands lag som ska vara tillämplig på en eventuell tvist. Se artikel 4 i Romkonventionen.

Artikel 4.1 fastställer den grundläggande *närhetsprincipen* och anger således att tvisten vara underkastad det lands lag som avtalet har närmast anknytning till. En förklaring till hur begreppet närmast anknytning ska tillämpas i praktiken, återfinns i artikel 4.2. Artikel 4.2 fastställer att det är det landets lag där parten som utför den karaktäristiska prestationen har sin vanliga vistelseort vid avtalsslutet som ska gälla. Den karaktäristiska prestationen utförs i de flesta fall av säljaren. Ett riktmärke är således att betalningen inte utgör den karaktäristiska prestationen.³

Artikel 4.5 fastställer slutligen att om den karaktäristiska prestationen inte skulle gå att fastställa, ska inte heller artikel 4.2 användas. Detta antyder att artikel 2 enbart är en presumtion som kan undanröjas om avtalet har närmare anknytning till ett annat land än det som utpekats.

2.1.3 Finansiella instrument regleras inte i konventionen

Det är i sammanhanget relevant att diskutera huruvida finansiella instrument regleras i konventionen eller inte. Enda gången som någon sorts finansiella instrument ens nämns är i artikel 1.2(c) och gäller frågor som undantas helt från konventionens tillämpningsområde. Här nämns växlar, löpande skuldebrev och andra värdepapper av negotiabel karaktär vilka istället regleras av 1930 års konvention för lösande av vissa lagkonflikter på växelrättens område och 1931 års konvention för lösande av vissa lagkonflikter på checkrättens område.

2.2 Rom I-förordningen i allmänhet

2.2.1 Det subjektiva och objektiva lagvalet

Rom I bygger i grunden på sin föregångare och därför kan mycket av det som sagts om konventionens artiklar kunna användas vid tolkning av förordningen.⁴ Förordningen stödjer sig fortfarande på de tre grundläggande principer som nämnts ovan i samband med konventionen. Syftet med skapandet av förordningen var nämligen inte att instifta ett helt nytt regelverk utan att omvandla konventionen till ett mer enhetligt gemenskaps-

³ Grönbok om omvandling av 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, KOM (2002) 654 slutlig, s.11 samt Mario Giuliano & Paul Lagarde, EGT 1980 C282 s. 20.

⁴ Bogdan, Michael, Den nya Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, Tidskrift för rättsvetenskap, vol. 121, 4/5-2008, s. 443.

instrument.⁵ Genom att revidera och förbättra artiklarna försökte lagstiftarna öka rätts-säkerheten vid tillämpningen av förordningen.

2.2.2 Utformande och tillämpning av artikel 4

Den presumtion som återfanns i Romkonventionens artikel 4.2 är i förordningen sekundär till förmån för en rad fasta lagvalsregler vilka är tänkta att reglera de vanligaste avtalsstyperna.⁶ Genom att utforma lagen på detta sätt är det möjligt för parterna att uttrycka sin avtalsfrihet och bestämma huruvida man vill använda en av de förutbestämda reglerna eller inte. Under en längre tidsperiod är detta tänkt att öka den rättssäkerhet som man eftersträvar med rättsakterna.⁷ Vid rättstillämpning är det gynnande för såväl parter som rättstillämpare att ha fasta och precisa lagvalsregler för att underlätta processen vid en eventuell konflikt.

Den i Romkonventionen centrala ”karaktäristiska prestationen” återfinns i förordningens artikel 4.2 och används i de fall då avtalet inte omfattas eller omfattar flera av punkterna a-h. Det kan exempelvis röra sig om s.k. blandavtal, eller *mixed contracts*. Vid blandavtal ska denna karaktäristiska prestation fastställas med hänsyn till avtalets tyngdpunkt.⁸ Inget nämns således om vem som utför prestationen eller vad prestationen består av. Det är dock rimligt att anta att förordningens definition inte skiljer sig allt för mycket från konventionens, varför även den bör kunna användas för fastställande av lagvalet.

Även Rom I möjliggör ett fastställande av lagvalet genom hänvisning till avtalets ”närmaste anknytning”. Om en lag inte kan fastställas i enlighet med artikel 4.1-2 är det enligt artikel 4.4 det uppenbarhetsrekvisitet som ska användas. Lagrummet blir relevant i situationer som inte nämns i artikel 4.1 a-h och som exempelvis innefattar två likvärdiga karaktäristiska prestationer.⁹ Skulle dock lagvalet kunna fastställas enligt artikel 4.1-2 finns en möjlighet att genom artikel 4.3 tillämpa ett annat lands lagstiftning än det som först utpekats av punkterna 1 och 2. Rekvisitet återfinns i artikel 4.3 och stadgar att i det

⁵ Förslag till europaparlamentets och rådets förordning om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (ROM I), KOM (2005) 650 slutlig, s. 3.

⁶ Se Rom I-förordningen, artikel 4.1(a-h)

⁷ KOM 2005 (650) slutlig s. 5.

⁸ Rom I-förordningens premiss 19.

⁹ Bogdan, Michael, Den nya Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, Tidskrift för rättsvetenskap, vol. 121, 4/5-2008, s. 453.

fall ett avtal ”uppenbart har närmare anknytning” till ett annat lands lag, ska den lagen användas.

Lagstiftaren benämner detta som en ”skyddsklausul”¹⁰. När alla omständigheter pekar mot det förstnämnda landets lag, är det också denna lag som ska användas även om det i själva verket ska vara det andra landets lag som skulle reglera konflikten. Det är onekligen betydligt smidigare för de två parterna som är från samma land att deras konflikt också regleras av det landets lag.

2.3 MiFID-direktivet¹¹

Direktivet antogs i april 2005 och utgör en hörnsten i arbetet med finansiella tjänster på Europamarknaden. Ett syfte med direktivet var att öka konkurrensen, stärka prisbildningen och stärka skyddet för investerare på den europeiska värdepappersmarknaden. Ytterligare ett syfte var att möjliggöra en fri rörlighet för värdepappersföretagen över gränserna inom EU och EES utan att något vidare tillstånd behövdes.¹²

MiFID delar i huvudsak upp marknadsplatserna, även kallat multilaterala system, i två kategorier: reglerade marknader och MTF-plattformar. En sammanfattning av begreppen kan vara att en reglerad marknad är en övervakad och auktoriserad del av en fondbörs, medan MTF-plattformar används för att elektroniskt handla med finansiella instrument.¹³ De marknader som omfattas av begreppen reglerade marknader och MTF-plattformar är exempelvis Stockholmsbörsen¹⁴ respektive NASDAQ OMX Europe.

¹⁰ Rom I-förordningens premiss 20.

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument.

¹² Thomas af Jochnick & Per-Ola Jansson, MiFID – Ett steg på vägen mot en europeisk värdepappersmarknad, Europarättslig tidskrift, 2007:4, årgång 10, s. 744-745.

¹³ Lehmann Matthias, Financial Instruments, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2010, s. 88.

¹⁴ Förteckning med kommentarer över reglerade marknader (93/22) (2005/C 300/05).

3 Avtal om finansiella instrument i ett multilateralt system

”Avtal som har ingåtts i ett multilateralt system vilket sammanför eller möjliggör sammanförandet av flera köp- och säljintressen i finansiella instrument från tredje man enligt definitionen i artikel 4.1.17 i direktiv 2004/39/EG, i enlighet med icke skönsrättsliga regler och enligt en enda lag, ska regleras genom denna lag.”

3.1 Terminologin

3.1.1 Begreppet ”multilaterala system”

Premiss 18 i Rom I säger att multilaterala system är system där handel bedrivs, exempelvis reglerade marknader och multilaterala handelsplattformar (MTF-plattformar)¹⁵. Definitionen är knappast självförklarande och kastar inget vidare ljus över vilka system som faktiskt omfattas av bestämmelsen. I stället för att *de facto* förklara terminologin av det i bestämmelsen centrala begreppet, skapas istället två nya frågor: vilka marknader är reglerade och vad är multilaterala handelsplattformar?

Svaret på frågorna går att finna MiFID-direktivet till vilken premiss 18 Rom I hänvisar. En reglerad marknad definieras som ”ett multilateralt system som drivs och/eller leds av en marknadsplatsoperatör, vilket sammanför eller möjliggör sammanförandet av flera köp- och säljintressen i finansiella instrument från tredje man /.../ i enlighet med dess icke skönsrättsliga regler...”¹⁶. Definitionen är i stort sett identisk med artikel 4.1(h) och vi hamnar således i en ond cirkel.

Hur ter det sig då med de multilaterala handelsplattformarna? Ordalydelsen är även här identisk med den skillnaden att det rör sig om ett multilateralt system som drivs av ett värdepappersföretag *eller* en marknadsplatsoperatör¹⁷.

Sammanfattningsvis är reglerade marknader en övervakad och auktoriserad del av en fondbörs. En MTF-plattform är en elektronisk marknad som möjliggör handel med finansiella instrument.

¹⁵ MTF står för Multilateral Trading Facility.

¹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG, artikel 4.1.14.

¹⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG, artikel 4.1.15.

3.1.2 Vilka finansiella instrument avses?

Tillsammans med multilaterala system är finansiella instrument ett centralt begrepp eftersom artikel 4.1(h) riktar sig till försäljning och köp av dessa vilka möjliggjorts genom avtal i multilaterala system. Det bör nämnas att tjänster som villkorats mellan ett värdepappersföretag och kund inte omfattas av bestämmelserna i artikel 4.1(h)¹⁸.

Rom I-förordningens premiss 30 likställer definitionen av finansiella instrument med den som uppställts i artikel 4 MiFID-direktivet, vilken i sin tur hänvisar vidare till bilaga 1 avsnitt C. Där återfinns följande lista med finansiella instrument:

1. Överlåtbara värdepapper.
2. Penningmarknadsinstrument.
3. Andelar i företag för kollektiva investeringar.
4. Optioner, terminskontrakt, swappar, räntesäkringsavtal och varje annat derivatkontrakt som avser värdepapper, valutor, räntor eller avkastningar, eller andra derivatinstrument, finansiella index eller finansiella mått som kan avvecklas fysiskt eller kontant
5. Optioner, terminskontrakt, swappar, räntesäkringsavtal och varje annat derivatkontrakt som avser råvaror, som måste avvecklas kontant eller kan avvecklas kontant på en av parternas begäran (på grund av ett annat skäl än utebliven betalning eller någon annan händelse som leder till kontraktets upphörande).
6. Optioner, terminskontrakt, swappar och varje annat derivatkontrakt som avser råvaror som kan avvecklas fysiskt förutsatt att de handlas på en reglerad marknad och/eller en MTF-plattform
7. Optioner, terminskontrakt, swappar, terminer och varje annat derivatkontrakt som avser råvaror, som kan avvecklas fysiskt om inget annat anges i C punkt 6 och som inte är för kommersiella ändamål, som anses ha egenskaper som andra derivat till finansiella instrument, med utgångspunkt från bland annat om clearing och avveckling sker via erkända avvecklingsorganisationer, eller om de är föremål för regelmässiga marginalsäkerhetskrav.
8. Derivatinstrument för överföring av kreditrisk.
9. Finansiella kontrakt avseende prisdifferenser.

¹⁸ 2005/0261 COD Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), s. 2

10. Optioner, terminskontrakt, swappar, räntesäkringsavtal och varje annat derivatkontrakt som avser klimatvariationer, fraktavgifter, utsläppsrätter eller inflationstakten eller någon annan officiell ekonomisk statistik, som måste avvecklas kontant eller kan avvecklas kontant på en av parternas begäran (på grund av ett annat skäl än utebliven betalning eller någon annan händelse som leder till kontraktets upphörande), samt varje annat derivatkontrakt som avser tillgångar, rättigheter, skyldigheter, index och åtgärder om inte något annat anges i detta avsnitt C, som anses ha egenskaper som andra derivat till finansiella instrument, med utgångspunkt från bland annat om det handlas på en reglerad marknad eller en MTF-plattform, om clearing och avveckling sker via erkända avvecklingsorganisationer, eller om de är föremål för regelmässiga marginalsäkerhetskrav.

De finansiella instrumenten ovan är de finansiella instrument som artikel 4.1(h) Rom I omfattar. Ingen av dessa finansiella instrument omfattas av undantaget i artikel 1.2(d) Rom I.

3.1.3 Icke skönsrättsliga regler

Begreppet ”icke skönsrättsliga regler” definieras inte i förordningen vilket innebär att ledning får finnas i MiFID-direktivet. Premiss 6 i direktivet stadgar att ”icke skönsrättsliga regler” förhindrar värdepappersföretag att efter eget behag reglera interaktioner mellan olika köp- och säljintressen på marknaden. Det ska istället ske enligt ett förutbestämt system eller internt sätt att arbeta uppställt av den reglerade marknaden eller MTF-plattformen.

Detta hjälper således lagstiftningen att uppnå syftet med att enbart en lag ska reglera förfarandet och samtidigt främja en objektivitet från de företag som styr marknaden. Den engelska beteckningen ”non-discretionary rules” tydliggör objektiviteten mer än den svenska benämningen. De utsatta reglerna ska med andra ord styra marknaden utan att främja företaget självt eller någon enskild avtalslutande part¹⁹.

¹⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument, premiss 6.

3.2 Skapandet av artikel 4.1(h)

Det artikel 4.1(h) säger är att avtal slutna mellan parter på en reglerad fondbörs eller en elektronisk marknad för handel med finansiella instrument, ska regleras av en enda lag. Eftersom aktörerna som bedriver handel över dessa marknader oftast har ett oräkneligt antal nationaliteter skulle det vara komplicerat att hålla reda på de olika ländernas lagar som reglerar de specifika transaktionerna.

Behovet belystes 2006 i ett av Finland och Tyskland insänt förslag till den nya förordningen.²⁰ Artikel 4.1(j) i detta förslag behandlade bland annat auktioner men framförallt återfanns texten ”a contract concluded at a financial market/.../ shall be governed by the law applicable to the financial market..”. Som stöd för denna nya reglering åberopades två huvudargument.

Som första argument anfördes det av förslagsskrivarna att finansiella marknader oftast har ett flertal standardregler som är menade att användas på såväl aktörer som transaktioner inom den specifika marknaden.²¹ För att kunna garantera en rättssäkerhet för aktörerna på marknaden ansågs det vara av väsentlig betydelse att endast en lag skulle hantera alla situationer som kan uppstå på den aktuella marknaden. Lagen som åsyftades var den under vilken börsfonden eller MTF-plattformen lydde. I sammanhanget påpekades det dessutom att marknaderna oftast är anonyma vilket innebär att köpare och säljare inte träffas när avtalet sluts. Det var således av stor vikt att lagrummet skulle utformas på ett sätt som gjorde den möjlig att tillämpa oberoende av vart parterna hade sin respektive hemvist.²²

Det andra argumentet var att det föreslagna lagrummet skulle sammanföra den offentliga rätten och privaträtten på multilaterala marknader, vilket skulle förminska risken för problem som kan uppstå ur dessa två rättsområden.²³ Privaträtten, det vill säga regleringen mellan enskilda, ska med andra ord alltid kunna genomsyra rättstillämpningen, även om den hänvisade lagen är exempelvis offentlighetsrättslig.

²⁰ 2005/0261 COD Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

²¹ Alférez, Francisco, New issues in the Rome I regulation: The special provisions on financial market contracts, 2008, s. 247.

²² 2005/0261 COD Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

²³ Alférez, Francisco, New issues in the Rome I regulation: The special provisions on financial market contracts, 2008, s. 247.

Förslaget hade dock vissa brister vilka uppmärksammades och åtgärdades innan artikel 4.1(h) fick sin nuvarande form. Ett sådant problem var att man ansåg att termen ”finansiell marknad”, vilken var hämtad ur insolvensförordningens artikel 9²⁴, var för tvetydig och odefinierad. Den levde inte upp till det mått av tydlighet som förordningen eftersträvade. För att lösa detta lånades istället termerna ”reglerad marknad” och ”MTF-plattform” från MiFID-direktivet. Termerna som valdes är förvisso mer specifika än den mer allmänt utformade regeln som först föreslogs, men det kommer ändå krävas en korsläsning mellan direktivet och förordningen för att till fullo förstå vilka marknader det är som faktiskt regleras.

3.3 Den tillämpliga lagen

Enligt artikel 4.1(h) ska eventuella konflikter som skett i multilaterala system och som regleras av en enda lag, lösas med hjälp av just den lagen. Situationerna som kan falla under punkterna a-g i artikel 4 har ett fast lagval som skapats för just den typen av avtal. Ett exempel är att köp av varor ska vara underkastade lagen i det land där säljaren är sin vanliga vistelseort. Punkt (h) är dock inte lika tydlig och frågan som uppstår är således vilken lag som egentligen avses då denna inte är klart definierad av förordningen.

Ett praktiskt tillvägagångssätt är att man definierar marknadens härkomst och således ser till vilket lands myndighet som hävdar att den specifika marknaden är en nationell marknad. Innebörden av detta blir att en reglerad marknad som erkänts av exempelvis franska myndigheter som en fransk reglerad marknad, också ska falla under fransk lagstiftning.²⁵

Visst stöd för detta går att finna i MiFID-direktivet där artikel 36(4) stadgar att tillämplig offentligrättslig lag för handel som bedrivs på en reglerad marknad ska vara den lag där marknaden har sitt hemvist. Det uppstår dock två problem med denna hänvisning, eftersom ordalydelsen enbart åsyftar offentligrättslig lag och reglerade marknader. Hur hanteras exempelvis privaträtten, vilken Rom I-förordningen bygger på, och MTF-plattformar?

²⁴ RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden.

²⁵ Year Alferez, Francisco, New issues in the Rome I regulation: The special provisions on financial market contracts, 2008, s.249.

Vad gäller den privaträttsliga aspekten, är Rom I en privaträttslig lagstiftning men syftet med just artikel 4.1(h) var att sammanföra den offentligrättsliga och privaträttsliga sfären för att undvika eventuell problematik vid rättstillämpningen.²⁶ Med detta i åtanke kan ett exempel åskådliggöra sambandet.

Anta att ett avtal om swappar ingåtts på en reglerad marknad som sökt tillstånd hos tyska myndigheter att bedriva sin verksamhet i Tyskland. Enligt artikel 36(4) MiFID ska tyska *offentligrättsliga* regler tillämpas. Nu uppstår dock en konflikt mellan en svensk köpare och en fransk säljare. Frågan är således vilken lag som ska lösa den *privaträttsliga* tvisten mellan de två parterna eftersom rättsförhållandet har anknytning till tre olika stater (Tyskland, Frankrike och Sverige). Av artikel 4.1(h) Rom I följer att avtal som slutits i ett sådant system som i förevarande fall och som rör finansiella instrument ska regleras genom ”en enda lag” för just detta system. Den enda lagen i just denna situation är den tyska lagen, eftersom det är under denna lag som systemet lyder. Artikel 4.1(h) utpekar därför tysk rätt.

Märk väl att Rom I enbart hanterar förpliktelser på privaträttens område medan den hänvisning som nu gjorts är av offentligrättslig karaktär. Syftet med förordningen var dock, vilket nämns ovan, att sammanföra den privaträttsliga och offentligrättsliga sfären²⁷. Med andra ord spelar det inte någon roll om det multilaterala systemets lag är offentligrättslig eller om det rör sig om villkor för inträde till marknaden eller sedvänja.²⁸ Har parterna inte gjort något lagval men marknaden i fråga exempelvis har som sedvänja att använda sig av ett visst lands lag så ska också det landets lag användas enligt artikel 4.1(h).

Frågan som återstår att besvara är hur MTF-plattformar ska hanteras eftersom de inte omfattas av artikel 36(4). En författare hävdar att vi ska hantera MTF-plattformar på samma sätt som reglerade marknader och tillämpa lagen *mutatis mutandis*.²⁹ Det han

²⁶ Alférez, Francisco, *New issues in the Rome I regulation: The special provisions on financial market contracts*, 2008, s. 247.

²⁷ Lehmann Matthias, *Financial Instruments, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, 2010, s. 90

²⁸ Alférez, Francisco, *New issues in the Rome I regulation: The special provisions on financial market contracts*, 2008, s.249

²⁹ Alférez, Francisco, *New issues in the Rome I regulation: The special provisions on financial market contracts*, 2008, s.249

menar är att då det finns ett regelverk för reglerade marknader, vilket i grunden är relativt jämförbart med MTF-plattformar, borde det tillgängliga regelverket kunna användas och anpassas för den oreglerade situationen. I klartext kan man säga att det är en stor skillnad mellan äpplen och apelsiner men inte mellan röda och gröna äpplen, varför det är lättare att applicera en lag *mutatis mutandis* i den senare situationen. MTF är i detta sammanhang ett grönt äpple som inte omfattas av lika stränga regler som reglerade marknader. Eftersom regelverket är mindre strikt, borde det inte heller vara några problem att innefatta MTF-plattformar vid användandet av artikel 36(4) MiFID.

3.3.1 Sammanfattande kommentarer

Sammanfattningsvis kan det fastställas att den lag som ska användas är den där det aktuella systemet har sitt hemvist, oavsett om det är en reglerad marknad eller MTF-plattform. Såväl MiFID-direktivets 36(4) som exempelvis Lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL 4§ 3st.), fastställer tillämplig lag genom att se till var marknaden rent geografiskt återfinns.

Vidare är det irrelevant om den hänvisade lagen är offentligrättslig eller privaträttslig. Det spelar inte heller någon roll om exempelvis marknadsvillkoren utpekar ett visst lands lag som tillämplig på tvister. Artikel 4.1(h) fastställer att enbart en lag ska tillämpas och det är den lag under vilken systemet lyder.

3.4 Behovet av artikel 4.1(h)

Uppsatsen har visat hur artikel 4.1(h) ska användas och på vilka situationer den är applicerbar. Dock uppstår i detta läge en viss problematik eftersom det snarare är regel än undantag att de avtal som sluts på dessa marknader är av en sådan karaktär att de innefattar standardklausuler som på förhand reglerar vilket lands lag som ska tillämpas på avtalet.³⁰ I sammanhanget blir därför frågan huruvida det finns ett egentligt behov av artikeln.

³⁰ Se exempelvis 5.1 of The Conditions for Trading at Eurex Deutchland and Eurex Zurich, samt *Nasdaq OMX Rulebook*, art. 3.13
http://www.nasdaqomxeurope.com/digitalAssets/67/67692_nasdaq_omx_europe_rulebook__v2.0_.pdf

3.4.1 Behovet ur aktörernas synvinkel

Om det är så att parter som handlar inom multilaterala system sluter avtal vilka innefattar standardklausuler som på förhand reglerar vilket lands lag som ska gälla vid en eventuell tvist, står *de facto* artikel 3.1 i Rom I till förfogande. Utöver detta finns dessutom undantagsklausulerna i artiklarna 4.2 och 4.3 Rom I som kan ges företräde framför artikel 4.1(h) vid det fall avtalet exempelvis skulle ha uppenbart närmare anknytning till ett annat land.

När ett avtal sluts på en marknad av multilateral karaktär, finns ett flertal standardklausuler vilka på förhand har pekat ut vilket lands lag som ska användas vid en eventuell kontraktstvist. Onekligen måste lagstiftaren ha uppmärksammat rättsläget men trots detta ansett att behovet av reglering var nödvändigt.

Artikel 6.4(d) Rom I, som rör konsumentavtal, stadgar att det vanliga skydd som konsumenterna har enligt artiklarna 6.1-2 Rom I inte gäller för avtal som ingåtts enligt förutsättningarna i artikel 4.1(h). En konsument som handlar inom ramen för artikel 4.1(h) har med andra ord inte ett skydd som svagare part. Vidare stadgar premiss 28 att reglerna som gäller för konsumenten i hemlandet måste ge vika för de regler som gäller för den reglerade marknaden eller MTF-plattformen. Ett av syftena med artikel 4.1(h) var trots allt att den skulle gälla oavsett parternas hemvist.³¹ Med andra ord kan det anses att artikel 4.1(h) inte är ämnad för vanliga konsumenterna.

Viss tvetydighet uppstår dock då förslaget säger att lagrummet ska vara tillämpligt oavsett om avtalet har sin grund i konsumentförhållande eller är av professionell natur.

Denna tvetydighet förstärks av att Rom I visserligen säger att konsumenterna inte åtnjuter samma skydd men inte uttryckligen stadgar att konsumenterna utesluts från artikel 4.1(h):s tillämpningsområde.

I klartext innebär detta således att konsumenterna får sluta avtal inom ramen för artikel 4.1(h) men att man handlar på egen risk, utan något skydd i egenskap av svagare part.³² En slutsats när det gäller konsumenternas behov av artikel 4.1(h) borde således bli att den inte är att föredra. Vid eventuell avsaknad av lagval är det onekligen bättre för en kon-

³¹ 2005/0261 COD Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Regulated Market.

³² Principen av skydd för svagare part är en hörnsten i förordningen och återfinns bland annat i artikel 6.2. Som nämnts ovan sätts dock denna ur spel av artikel 6.4(e) vilket innebär att skyddet försvinner.

summent att åberopa artikel 4.3 Rom I och försöka hävda att avtalet faktiskt har en uppenbart närmare anknytning till ett annat land än vad som framkommer ur artikel 4.1(h).

Med konsumentperspektivet avklarar hamnar fokus istället på professionella börsmäklare och här blir behovet av artikeln än snävare. Avtal som ingås på reglerade marknader eller via MTF-plattformar sluts ofta av experter med tillstånd att handla på dessa marknader.³³ Vidare innebär detta att miljoner av kontrakt sluts varje dag på multilaterala marknader av personer med expertis på området. Det är dessutom sällsynt att kontrakten inte innefattar en lagvalsklausul i enlighet med standardklausulerna på marknaden. Med andra ord är situationer där parterna inte har en lagvalsklausul i sina avtal väldigt ovanliga.³⁴

Om alla kontrakt som sluts har en lagvalsklausul, blir artikel 4.1(h) Rom I meningslös. Avtal som innefattar lagvalsklausuler regleras av artikel 3.1. Med tanke på vilket arbete som lagts ner i skapandet av förordningen, då området redan reglerades på ett tillfredsställande sätt av Romkonventionen, verkar det som att lagstiftaren skapat ett lagrum som aldrig kommer användas. Situationen blir än mer svårgreppbar med tanke på att MiFID-direktivet reglerar i stort sett samma område som artikel 4.1(h). Varför skapa ett nytt lagrum i Rom I-förordningen som reglerar samma område som MiFID-direktivet?

3.4.2 Ett behov baserat på förordningens universella karaktär

Ett svar på frågan kan ha att göra med termen *universell karaktär* vilken återfinns i artikel 2 Rom I. Den stadgar att förordningen även kan tillämpas på avtalsförhållanden där lagen som utpekats är ett lagen i ett land som inte är medlemsstat.

För att artikel 4.1(h) ska kunna tillämpas universellt gäller att den marknad som finns i en icke-medlemsstat uppfyller kriteriet att vara funktionellt jämförbart med reglerade marknader och MTF-plattformar enligt artikel 4.1.14 och 4.1.15 MiFID.³⁵ En hänvisning enbart hit kan dock inte göras eftersom MiFID-direktivet inte är universellt. För att lösa problemet finns premiss 18 i Rom I-förordningen.

³³ Lehmann Matthias, *Financial Instruments, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, 2010, s. 88.

³⁴ Lehmann Matthias, *Financial Instruments, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, 2010, s. 90.

³⁵ *Yearbook on Private international Law* 2008, s.248.

Den stadgar att de marknader som berörs är ”*t.ex.* reglerade marknader och multilaterala handelsplattformar enligt artikel 4”.³⁶ Genom att ordalydelsen är exemplifierande och inte uttömmande kan det klargöras att förordningens universella karaktär även återfinns i artikel 4.1(h).

Följaktligen finns ett visst behov för artikel 4.1(h) i situationer som exempelvis innefattar en spansk köpare och amerikansk säljare på en amerikanskt reglerad marknad. Denna situation regleras trots allt inte av MiFID-direktivet och vid avsaknad av lagval måste således ledning återfinnas i artikel 4.1(h). Märk väl att i de fall den amerikanska marknaden har standardavtal med lagvalsklausuler och parterna använt en sådan, kommer fortfarande artikel 3.1 Rom I vara tillämplig. Någon av parterna kan dessutom välja att åberopa artikel 4.3 Rom I rörande uppenbart närmaste anknytning. Således kan inte enbart lagrummets universella karaktär rättfärdiga att ett behov finns.

3.4.3 Ett behov baserat på förordningens privaträttsliga karaktär

Ett annat sätt att finna behovet av artikel 4.1(h) är att se till Rom I-förordningens privaträttsliga karaktär. Som nämnts ovan syftar artikel 4.1(h) till att sammanföra de rättssystem som styr reglerade marknader och MTF-plattformar. Eftersom de flesta reglerna i multilaterala system är av offentligrättslig karaktär eller baserade på exempelvis sedvänja är privaträtten inte vanligtvis aktualiserad.³⁷ Följderna blir att relationerna mellan enskilda parter, exempelvis ett avtalsslutande, inte regleras av MiFID-direktivet eller marknadens regler.

MiFID-direktivet reglerar som sagt bara det offentligrättsliga perspektivet, exempelvis relationen mellan enskild och myndighet. Det är genom artikel 4.1(h) som lagstiftaren har sett till att den privaträttsliga aspekten av transaktionerna som görs på en reglerad marknad eller MTF-plattform alltid uppehålls.

3.4.4 Sammanfattande kommentarer

Behovet av artikel 4.1(h) är dock fortfarande tveksamt eftersom de flesta tvister som kan uppstå i ett multilateralt system redan regleras av standardklausuler, vilket innebär att artikel 3.1 Rom I blir tillämplig istället. Utöver detta finns dessutom undantagen i artiklarna 4.2-3 vilka kan vinna företräde gentemot artikel 4.1(h).

³⁶ Att MiFID-direktivet inte är universellt hindrar inte att definitionerna av finansiella instrument används när en avtalspart är från en icke-medlemstat eftersom de är deskriptiva.

³⁷ Yearbook on Private international Law 2008, s.249.

För att finna ett syfte med artikel 4.1(h) går det således inte att se den ur ett alltför allmänt perspektiv. Det krävs att man accepterar att lagrummet är skapat för att eliminera alla risker som är förknippade med handel på multilaterala marknader³⁸.

Artikel 4.1(h) fyller således sitt behov genom att täcka situationerna som skulle kunna uppstå, även om det inte är sannolikt att de uppstår, samtidigt som den fastställer att det är systemets lag som ska reglera eventuella tvister. En viktig förutsättning för handel i multilaterala system är att alla transaktioner sker smidigt och med så liten risk som möjligt.³⁹

Ett problem uppstår dock med denna slutsats. Om nu artikel 4.1(h) är tänkt att fungera som en säkerhet för aktörerna på marknaden, varför regleras bara finansiella instrument som finns i MiFID-direktivets artikel 4.1.17? Med andra ord, är artikel 4.1(h) tillräckligt bred för att omfatta alla tvister som kan uppstå i ett multilateralt system?

3.5 Begränsningar i tillämpningen av artikel 4.1(h)

Enligt ordalydelsen i artikel 4.1(h) Rom I är det avtal som sluts i finansiella instrument enligt definitionen i MiFID-direktivet som ska omfattas. Problemet med formuleringen är att det inte bara är de instrument som nämns i MiFID-direktivet som aktörerna handlar med på reglerade marknader eller MTF-plattformar. Läsaren av artikeln får således ingen vidare beskrivning till vilka parter och avtal som faktiskt omfattas. Dessutom förvärras situationen ytterligare då artikel 1.2(d) Rom I undantar flertalet finansiella instrument från förordningens tillämpningsområde. Om artikel 4.1(h) är tänkt som en yttersta säkerhet för aktörerna på marknaden, borde rimligtvis alla avtal och produkter omfattas i den mån som krävs för att säkerställa detta behov.

3.5.1 Undantagen i artikel 1.2(d) Rom I-förordningen

Enligt kommentarerna i förordningens förslag, ska avtalen omfatta köp, sälj, lån och dylika transaktioner vilka kan tänkas ske på marknaden.⁴⁰ Detta ska gälla oavsett om det finns en central motpart vid avtalsslutet eller inte. Således kan det fastställas att alla avtalstyper av oneröst fång rörande finansiella instrument täcks av bestämmelsen, under

³⁸ Yearbook on Private international Law 2008, s.248

³⁹ Yearbook on Private international Law 2008, s.248

⁴⁰ 2005/0261 COD Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), s. 2

förutsättning att de inte undantas av artikel 1.2(d) Rom I. Dessa undantag återfanns redan i Romkonventionens artikel 1.2(c), vilket borde innebära att bakgrunden till varför just dessa typer av förpliktelser undantas kan hämtas därifrån.

Termen *negotiabel karaktär* innebär att förpliktelserna är omsättningsbara eller överlåtbara, exempelvis löpande skuldebrev. Enligt Giuliano/Lagarde-rapporten skulle en harmonisering av regler rörande omsättningsbara värdepapper bli väldigt komplicerad att uppnå.⁴¹ Utöver detta omfattas dessutom nämnda förpliktelser av 1930 års konvention för lösande av vissa lagkonflikter på växelrättens område och 1931 års konvention för lösande av vissa lagkonflikter på checkrättens område.

Det är dock ett faktum att det i multilaterala system handlas med just de instrument som avgränsas från förordningens tillämpningsområde⁴². Utvecklingen på marknaden och i medlemsländernas lagstiftning har onekligen gått framåt sedan Romkonventionen trädde i kraft, vilket bevisas av att artikel 4.1(h) överhuvudtaget trätt i kraft. Om nu artikel 4.1(h) är tänkt att upprätthålla rättssäkerhet för aktörerna på marknaden genom att alltid reglera vilken enskild lag som ska gälla på förpliktelserna, borde inte det samma gälla för negotiabla värdepapper?

Svaret på frågan återfinns ännu en gång i formuleringen av artikel 4.1(h) och lagstiftarens val att enbart innefatta de finansiella instrument som återfinns i MiFID-direktivet. Märk väl artikel 4.1(h):s ordalydelse: *enligt definitionen i artikel 4.1.17 i direktiv 2004/39/EC*. Det är när man jämför artikel 4.1(h) med premiss 30 i Rom I som problemet börjar arta sig. Enligt premiss 30 avses med finansiella instrument *och överlåtbara värdepapper* i förordningen, finansiella instrument *och överlåtbara värdepapper* enligt definitionen i MiFID-direktivets artikel 4. Med andra ord omfattas överlåtbara, eller negotiabla, värdepapper av Rom I-förordningen⁴³, men inte av artikel 4.1(h) vilken endast hänvisar till artikel 4.1.17 MiFID. Överlåtbara värdepapper definieras först i artikel 4.1.18 MiFID.

Den motivering som gavs till undantagen i Romkonventionens 1.2(c), nuvarande 1.2(d), var att negotiabla värdepapper inte harmoniserats inom gemenskapsrätten. Detta argu-

⁴¹ Förklarande rapport till konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, EGT C 282, 31.10.1980, s. 1.

⁴² Se exempelvis NASDAQ OMX NORDIC.

⁴³ Se artikel 6.4(d) Rom I-förordningen.

ment stämmer inte längre eftersom MiFID är ett direktiv vars syfte och mål ska genomföras i medlemsländernas lagstiftningar⁴⁴. Det finns därför ingen direkt anledning att behålla undantaget i Rom I-förordningen om syftet med artikel 4.1(h) var att skapa ett lagrum som täcker alla situationer som kan uppstå i ett multilateralt system. Ursäkterna blir än färre då MiFID-direktivet togs i bruk 2004, nästan fem år före Rom I-förordningen. Det fanns med andra ord tid att se över rättsläget och även införa artikel 4.1.18 MiFID istället för enbart 4.1.17 MiFID. Om det nu inte var möjligt att omfatta även negotiabila instrument, borde en motivering ha getts till varför. Sökandet efter svar är dock förgäves eftersom varken förarbeten eller premisser motiverar beslutet.

3.5.2 Undantagandet av varor i artikel 4.1(h)

Utöver att utesluta vissa finansiella instrument, reglerar inte heller artikel 4.1(h) vilka varor det kan handlas med i multilaterala system. Fungibla varor⁴⁵ som guld och olja omfattas inte av MiFID-direktivet eftersom dessa inte är överlåtbara värdepapper⁴⁶. Per definition innebär detta att de inte heller omfattas av artikel 4.1(h) Rom I, trots att det handlas med dessa produkter i minst lika stor utsträckning som med finansiella instrument.

En författare hävdar att handel med fungibla varor inte enbart begränsas till handel på reglerade marknader eller MTF-plattformar. Det är snarare en förutsättning i alla sorters handel.⁴⁷ Om nu artikel 4.1(h) ska uppfylla sitt syfte, borde den omfatta alla avtal som sluts i multilaterala system. Det man ska koncentrera sig på borde, enligt författaren, inte vara avtalets objekt utan sättet man handlar på i systemet.⁴⁸ Det ska helt enkelt inte spela någon roll vad man handlar med. Handel med fungibla varor borde därför ha omfattats av artikel 4.1(h).

3.5.3 Sammanfattande kommentarer

Dock går det inte att göra så mycket åt någon av ovanstående begränsningar på grund av bundenheten till MiFID-direktivet genom artikel 4.1(h):s ordalydelse. Även om artikel

⁴⁴ Craig, P, De Búrca, G, EU-law Text, cases and materials, tredje upplagan, s. 112.

⁴⁵ Fungibla varor är varor som är så lika varandra att de kan anses direkt utbytbara. Motsatsen är species-varor.

⁴⁶ SOU 2006:50 s. 191.

⁴⁷ Lehmann Matthias, Financial Instruments, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2010, s. 91.

⁴⁸ Lehmann Matthias, Financial Instruments, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2010, s. 91.

4.1(h) var skriven så att den skulle kunna omfatta alla transaktioner vilka kan tänkas existera i ett multilateralt system, hade det fortfarande inte spelat någon roll så länge MiFID-direktivet och undantaget i artikel 1.2(d) Rom I sätter begränsningarna.

4 Sammanfattande slutsats

4.1 Uppfyller artikel 4.1(h) något syfte?

Huvudsyftet med artikel 4.1(h) var att säkerställa att enbart en lag skulle reglera transaktioner som sker inom ett multilateralt system. Den lagen som åsyftades var den lag under vilken det multilaterala systemet lyder. Genom att utforma ett lagrum som tillgodosåg behovet skulle de avtalsslutande parterna få en ökad rättssäkerhet vid handel inom de multilaterala systemen.

Som uppsatsen till denna punkt visat, finns dock ett flertal problem behäftade med den slutliga utformningen av artikel 4.1(h). De nämnda problemen kommer i det följande att kommenteras med hjälp av exemplifiering och resultaten därefter sammanförs i en slutsats.

Det första problemet är relaterat till aktörerna i ett multilateralt system. De vanliga konsumentskyddsreglerna i Rom I-förordningens artikel 6 gäller som sagt inte vid tillämpning av artikel 4.1(h). Det borde därför kunna fastställas att de avtal som sluts i multilaterala system, inte syftar till vanliga konsumenter. En privatperson som inte dagligen handlar på en reglerad marknad eller MTF-plattform, agerar därför på egen risk när han eller hon sluter avtal inom ramarna för artikel 4.1(h):s tillämpningsområde. Ett exempel kan klargöra problematiken:

Anta att en svensk medborgare, Sven, handlar elektroniskt över MTF-plattformen Eurex Deutschland som riktar sin verksamhet mot hela Europa. Sven har sin vanliga vistelseort i Sverige och han är inte yrkesverksam inom handel med finansiella instrument. Plattformen är enligt marknadsvillkoren ställd under tysk lagstiftning, där vi för exemplets skull antar att de tyska reglerna gällande handel på börs är striktare än i Sverige.

Sven sluter ett avtal med en fransk motpart, värdepappersföretaget Mon Dieu, rörande överlåtbara värdepapper som omfattas av artikel 4.1.17 i MiFID-direktivet. Sven vill dock i ett senare skede häva avtalet med hänvisning till uteblivna inbetalningar från sin franska motpart. Ingen lagvalsklausul finns vilket innebär att tysk rätt ska reglera tvisten i enlighet med artikel 4.1(h) Rom I och artikel 36(4) MiFID.

Problemet är att Sven är konsument enligt definitionen i artikel 6.1 Rom I. Dock utsluts avtal som ingåtts i system som omfattas av artikel 4.1(h) i enlighet med artikel

6.4(e). Sven är således inte längre har konsumentskyddsreglerna enligt Rom I-förordningen. Hade vanliga konsumentskyddsregler varit tillämpliga, skulle de mer gynnsamma svenska reglerna varit tillämpliga för Sven eftersom han har sin vanliga vistelseort i Sverige. Utgången i detta fall blir istället att Sven får svara inför tysk rätt.

Som framgår av exemplet är inte artikel 4.1(h) till fördel för vanliga privatpersoner vilka handlar på reglerade marknader eller MTF-plattformar. Under förutsättning att inte avtalet har en väsentligt närmare anknytning till ett annat land i enlighet med artikel 4.3, kommer gällande lag nästan uteslutande vara där marknaden har sitt hemvist eller i övrigt återfinns. Om man som konsument har mer fördelaktiga regler i sitt hemland är enda lösningen att enbart handla i multilaterala system som återfinns eller har hemvist i samma land.

Slutsatsen från exemplet belyser ytterligare ett faktum. Om inte privatpersoner handlar i multilaterala system borde det innebära att de flesta som handlar på multilaterala system är professionella aktörer, exempelvis börsmäklare. Med sin expertis på området är det väldigt sällan de sluter avtal som inte är befattade med lagvalsklausuler. I det fall lagvalsklausul finns, blir artikel 3.1 Rom I tillämplig framför artikel 4.1(h).

En fördel med artikel 4.1(h) är visserligen att det, i exemplet med Sven, inte hade spelat någon roll om MTF-plattformen låg i Brasilien istället för Tyskland. Eftersom artikel 4.1(h) är universell kan den reglera tvister utanför den europeiska gemenskapen. Nackdelen för artikel 4.1(h) i detta hänseende är att lagvalsklausuler inte används i mindre utsträckning utanför gemenskapen. Dock är även artikel 3.1 Rom I universell och därför tillämplig om MTF-plattformen legat i exempelvis Brasilien och tillämplig lag varit brasiliansk lag.

Med tanke på att artikel 3.1 förmodligen kommer användas i större utsträckning, måste artikel 4.1(h) omfatta ett större område för att uppfylla sitt behov. Som jag nämnde tidigare⁴⁹, är den viktigaste aspekten med artikel 4.1(h) att den är menad att täcka alla situationer som *kan* uppstå, även om det inte är sannolikt att de uppstår. För att lyckas måste lagrummet därför vara brett nog för att omfatta just alla situationer.

⁴⁹ Se avsnitt 3.4.4.

Den, i min mening, största nackdelen med artikel 4.1(h) är inte att artikel 3.1 reglerar de flesta situationer som kan uppstå i just multilaterala system. Artikel 4.1(h) faller nämligen på sin egen ordalydelse. Den är helt enkelt för snävt formulerad.

Det smala tillämpningsområdet har sin grund i två faktorer. Den *första* faktorn återfinns i artikel 1.2(d) Rom I som stadgar vilka frågor som undantas av förordningen. Överlåtbara, eller negotiabilia, värdepapper är enligt artikel 1.2(d) helt undantagna från förordningens tillämpningsområde, trots att det handlas med överlåtbara värdepapper i stor utsträckning i multilaterala system. Samma lagrum återfanns i förordningens föregångare, Romkonventionen, och motiverades där med att lagstiftningen på området inte var harmoniserad i gemenskapen.

Nuförtiden finns dock MiFID-direktivet, som *de facto* omfattar överlåtbara värdepapper i artikel 4.1.18. Eftersom MiFID är ett direktiv, ska dess syfte och mål också genomföras i medlemsländernas lagstiftningar. Med andra ord är området nu harmoniserat men undantaget kvarstår.

Varför lagstiftaren valde att behålla undantaget är oklart, men det står i min mening klart att den borde ha omformulerats eller tagits bort helt och hållet. Anledningen till varför artikel 1.2(d) bör åtgärdas är nämligen att den förhindrar en tillfredsställande tillämpning av artikel 4.1(h). Som de två nämnda lagrummen är konstruerade i nuläget, anser jag att de står i konflikt med varandra och är icke-kompatibla.

Påståendet har sin grund i den *andra* bidragande faktorn till att artikel 4.1(h) har för smalt tillämpningsområde: dess egen ordalydelse. Artikel 4.1(h) är nämligen begränsad till att bara behandla finansiella instrument enligt definitionen i artikel 4.1.17 MiFID. Inget nämns således om råvaror, överlåtbara värdepapper eller dylikt som också är föremål för handel i multilaterala system. Råvaror omfattas inte av MiFID-direktivet, till skillnad från överlåtbara värdepapper som regleras i artikel 4.1.18 MiFID. Jag anser dock att om alla konfliktsituationer som kan uppstå ska regleras för att öka säkerheten för aktörerna på marknaden, bör även råvaror omfattas av artikel 4.1(h).

Tyvärr är detta inte möjligt då lagstiftaren förbundit sig till MiFID-direktivet. Dessutom kan inte heller artikel 4.1.18 MiFID, gällande överlåtbara värdepapper, omfattas av arti-

kel 4.1(h) Rom I eftersom de undantas från förordningens tillämpningsområde. Artikel 4.1(h):s tillämpningsområde är således begränsat av två andra lagrum.

4.2 Slutsats

Slutsatsen av utredningen blir således att artikel 4.1(h), i sin nuvarande ordalydelse, omfattar ett alldeles för smalt område vilket leder till att den inte lyckas uppfylla något egentligt syfte i den internationella privaträtten. Det finns två möjliga lösningar på problematiken.

Den första lösningen är att omformulera artikel 4.1(h) till att omfatta såväl råvaror som överlåtbara värdepapper. Ett förslag på utformning skulle kunna vara följande: ”Avtal slutna i multilaterala system, i enlighet med en enda lag, ska regleras genom denna lag”

Genom att utforma artikel 4.1(h) på ovanstående sätt, omfattar man alla transaktioner som kan uppstå i ett multilateralt system. Artikeln blir således tillräckligt bred för att kunna innefatta fler situationer och användas i större utsträckning. En förklaring till vilka multilaterala system som omfattas kan ges i förordningens premisser. Vidare innebär förslaget att artikel 1.2(d) får avlägnas för att artikel 4.1(h) ska kunna omfatta överlåtbara värdepapper.

Den andra lösningen är att avgränsa finansiella instrument helt och hållet från Rom I-förordningens tillämpningsområde genom artikel 1.2. Syftet med lagrummet blir således att låta MiFID-direktivet reglera all handel som sker på reglerade marknader och MTF-plattformar. Ett förslag på utformning, som exempelvis kan heta artikel 1.2(k), skulle kunna vara följande:

”Denna förordning är inte tillämplig på: förpliktelser som har sin grund i multilaterala system, enligt definitionen i direktiv 2004/39/EG”

MiFID-direktivet reglerar förvisso inte lagvalsfrågor. Dock är situationerna där lagvalsklausuler saknas väldigt sällsynta, vilket innebär att problem som härstammar ur ovanstående förslag kommer vara minimala.

Det förstnämnda förslaget är det som, i min mening, är att föredra. Det kan trots allt uppstå situationer i multilaterala system där inget lagval gjorts mellan parterna. Att ha en privaträttslig reglering som fastställer tillämplig lag, oavsett transaktion, är trots allt en förutsättning för att handel på marknaderna ska fungera smidigt och säkert.

Det är nu upp till rättstillämpare, i form av exempelvis Europadomstolen, att klargöra användandet och behovet av artikel 4.1(h) Rom I. Hur artikeln kommer användas i praktiken är tyvärr i nuläget oklart.

Referenslista

Europarättslig lagstiftning

Förordningar

- Europaparlamentets och rådet förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I)

Konventioner

- 1980 års Romkonvention om tillämplig lag på avtalsförpliktelser (konsoliderad version)

Direktiv

- Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument och om ändring av rådets direktiv 85/611/EEG och 93/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG samt upphävande av rådets direktiv 93/22/EEG (MiFID)

Förslag

- Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (ROM I), KOM (2005) 650 slutlig
- 2005/0261 COD Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

Grönböcker

- Grönbok om omvandling av 1980 års Romkonvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, KOM (2002) 654 slutlig

Litteratur

- Alférez, Francisco, New issues in the Rome I regulation: The special provisions on financial market contracts, 2008, återfunnen i : Yearbook of Private International law, vol 10, 2008
- Craig, P, De Búrca, G, EU-law Text, cases and materials, Oxford University Press, tredje upplagan, 2003
- Lehmann, Matthias, Financial Instruments, återfunnen i: Ferrari, Franco, Rome I Regulation, The law applicable to contractual obligations in Europe, European Law Publishers, 2009
- Pålsson, Lennart, Romkonventionen: tillämplig lag för avtalsförpliktelser, Norstedts Juridik AB, 1998

Artiklar

- Af Jochnick, Tomas & Jansson, Per-Ola, MiFID – Ett steg på vägen mot en europeisk värdepappersmarknad, Europarättslig tidskrift, 2007:4, årgång 10
- Bogdan, Michael, Den nya Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, Tidskrift för rättsvetenskap, vol. 121, 4/5-2008
- Giuliano, Mario & Lagarde, Paul, Rapport om konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser upprättad av, EGT C282, 1980