

Het belang van “*Industry Practice*” bij de uitleg van olie & gascontracten

Overeenkomsten die gehanteerd worden in de internationale commerciële olie- en gaspraktijk zijn meestal ontleend aan Anglo-Amerikaanse modellen. Te denken valt aan Joint Operating Agreements, Farm-In Agreements, Processing and Operating Agreements en Tie-In Agreements. Als Nederlands recht van toepassing is verklaard op dergelijke overeenkomsten, dan kunnen de in deze overeenkomsten gebruikte Engelse termen en bepalingen vragen oproepen en tot meningsverschillen leiden. Immers, de gebezigde termen stammen uit het Anglo-Amerikaanse rechtssysteem (*common law systeem*), wat wezenlijk verschilt van het recht in *civil law* landen, zoals Nederland. Recent heeft de Nederlandse rechter zich over de interpretatie van een dergelijke term uitgelaten.

In modelovereenkomsten die in de olie- en gasindustrie sinds jaar en dag gebruikt worden, wordt vaak verwezen naar wat volgens “*Industry Practice*” gebruikelijk is. Een ander begrip dat met de introductie van *common-law*-overeenkomsten zijn intrede heeft gedaan in Nederland is de zogenaamde “Reasonable and Prudent Operator”. Bij het gebruik van termen als “*Good Oil Practice*”, of “*Reasonable and Prudent Operator*” in overeenkomsten die onderworpen zijn aan Nederlands recht, doet de vraag zich voor hoe een Nederlandse rechter deze begrippen interpreteert.

Nu wordt er in de olie- en gasindustrie bijzonder weinig geprocedeerd, wat te verklaren is uit het feit dat partijen die in een winningsvergunning tegenover elkaar staan, vaak weer moeten samenwerken in andere vergunningen. Dit is de beste incentive voor een spoedige buitengerechtelijke regeling van eventuele geschillen. Recent heeft de Nederlandse rechter zich echter toch uitgelaten over de interpretatie van een zogenaamde Farm-In Agreement.

De Unocal- Wintershall uitspraak

Op 1 juni 2011 heeft het Hof in Den Haag bij arrest (LJN: BQ6708) een (voorlopig) einde gemaakt aan een langslappende procedure, aanhangig gemaakt door Unocal Netherlands B.V. tegen Wintershall Noordzee B.V. (WINZ). Het ging om de uitleg van de 29 september 2000 tussen partijen gesloten Farm-In Agreement (hierna: de Overeenkomst) met betrekking tot de winning van gas en andere koolstoffen uit het diepe gedeelte (de *deep*) van blok Q1 van het Continentaal Plat. Unocal vorderde van WINZ betaling een bedrag ad circa

EUR 5 miljoen uit hoofde van een vergoeding (ORRI, of *Overriding Royalty Interest*) van 4%. Volgens Unocal diende de ORRI berekend te worden over de totale productie van koolwaterstoffen uit de *deep* van blok Q1. WINZ stelde dat de 4% berekend diende te worden over haar aandeel in de vergunning voor blok Q1, zijnde 48% van de totale productie.

Unocal had 48% van de winningsvergunning voor dit gebied, na Staatsdeelname. In gevolge de Overeenkomst droeg Unocal haar aandeel in de winningsvergunning over aan Clyde Petroleum (rechtsvoorganger van WINZ). Clyde nam ten behoeve van de overige vergunninghouders (WINZ, EBN namens de Staat en DSM) het Operatorschap op zich. Tegenover de overdracht van haar aandeel van 48% in de vergunning had Unocal een ORRI van 4 % bedongen.

De relevante passages uit de Overeenkomst luiden als volgt (onderstreping door auteur):

“ARTICLE III CONSIDERATION

In consideration for the transfer of the Interest by UNOCAL to CLYDE as per Article II hereof, Unocal will receive from CLYDE a royalty interest payment (hereinafter referred to as “ORI”) with respect to Hydrocarbons produced by Clyde from the Deep, calculated as follows:

UNOCAL will have the ORI on the gross revenues from any Hydrocarbons produced from the Reservoirs;
(..)



*CLYDE will calculate and pay at the end of each calendar month the ORI according to the following formula:
Gross Revenue * Royalty Rate*

Where:

Gross Revenue = gross revenue from any Hydrocarbons produced and delivered to any buyer from the Reservoir in the previous calendar month.

Royalty Rate = 4% (four percent)"

The ORI will be due by CLYDE to UNOCAL as from the date of first production of Hydrocarbons from the Deep. CLYDE will advise UNOCAL on a monthly basis on the production of Hydrocarbons from the Deep in the preceding month. Furthermore CLYDE hereby grants UNOCAL the right of audit in respect of all matters related to the ORI."

Een verschil in interpretatie van dit artikel kan tot substantieel verschillende bedragen leiden. De Rechtbank had in 2006 de interpretatie van WINZ gevolgd en Unocal was hiertegen in hoger beroep gegaan bij het Hof Den Haag.

"Haviltexen" in olie- en gascontracten

Op 21 juli 2009 bepaalde het Hof Den Haag (LJN BJ7961) dat de Overeenkomst diende te worden uitgelegd aan de hand van het bekende "Haviltex-criterium". Dit betekent dat naast de taalkundige uitleg, de Overeenkomst moet worden uitgelegd aan de hand van de zin die partijen in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Relevant is in dat kader tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren, met andere woorden, betreft het professionele partijen, hebben zij zich laten bijstaan door adviseurs?

In casu zijn Unocal en WINZ beide professionele partijen, die – bijgestaan door juridisch adviseurs – uitvoerig hebben onderhandeld over de totstandkoming van de Overeenkomst. Zij zijn echter allebei bij het aangaan van de Overeenkomst uitgegaan van een andere uitleg van het

gewraakte artikel 3, waarbij Unocal vond dat zij recht had op een percentage van de totale productie en WINZ vond dat het percentage berekend diende te worden over haar aandeel in de vergunning.

Als te doen gebruikelijk bij interpretatieproblemen neemt het Hof als uitgangspunt dat *"beslissend gewicht moet worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis"*. Hiervoor wordt niet alleen gekeken naar artikel 3 van de Overeenkomst, doch ook dit artikel gezien in het licht van de overige relevante bepalingen van de Overeenkomst. Deze strikte taalkundige uitleg kan volgens het Hof alleen niet worden gevolgd indien komt vast te staan dat een dergelijke uitleg in strijd is met de gebruikelijke praktijk in de olie- en gaswinning op het Continentaal Plat. Het Hof stelt: *"In dat geval moet immers worden geoordeeld dat Unocal daarvan als professionele partij op de hoogte had kunnen zijn en dat zij artikel 3 van de overeenkomst in overeenstemming met deze gebruikelijke praktijk had moeten begrijpen"*. Het Hof knoopt hier aan bij artikel 6:248 Burgerlijk Wetboek: *"Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien"*. Een *"Industry Practice"* kan men onder het begrip "gewoonte" scharen.

Het Hof komt tot het oordeel dat de gewraakte tekst van artikel 3 voor tweeërlei uitleg vatbaar is. De kern van het geschil gaat over de uitleg van het woord *"produced"* in artikel 3. Is dit *"feitelijk winnen"*? Dit zou betekenen dat alle door WINZ uit de *deep* gewonnen koolwaterstoffen voor de berekening van de ORRI in aanmerking komen. WINZ verdedigde dat *"produced"* in dit artikel niet moet worden gelezen als *"feitelijk produceren"* maar dat dit begrip een juridische/economische betekenis heeft (in de zin van het als houder van de vergunning genereren van opbrengst uit verkoop van haar eigen aandeel). Lees: WINZ vond dat deze verplichting op haar als medevergunninghouder sloeg en niet op WINZ in haar hoedanigheid als Operator.



Dit laatste zou betekenen dat alleen de opbrengst van het aandeel dat Unocal had overgedragen aan Clyde (WINZ) voor de ORRI in aanmerking zou komen. Hetgeen volgens WINZ ook voor de hand ligt omdat de ORRI de betaling is voor de overdracht van het belang van Unocal in de vergunning.

In eerste instantie volgt het Hof de redenering van Unocal. Het Hof vindt dat het voor de hand ligt dat het begrip “produceren” als “feitelijk winnen” dient te worden gelezen, omdat dit begrip ook elders in de Overeenkomst op die manier gebruikt wordt en tevens op die manier wordt gebruikt in de Mijnbouwwet. WINZ voerde aan dat het begrip niet consequent gebruikt werd in de Overeenkomst. Maar hiermee maakte het Hof korte metten door te stellen dat dit voor rekening en risico van de opsteller van het concept, i.c. WINZ, diende te komen. Ook dit is standaard-rechtspraak.

Interpretatie op basis van “Industry Practice”

Deze taalkundige uitleg kan volgens het Hof alleen niet worden gevolgd indien komt vast te staan dat een dergelijke berekeningswijze in strijd is met “de gebruikelijke praktijk bij de olie- en gaswinning op het Continentaal Plat van de Noordzee”. Het Hof heeft WINZ toegelaten bewijs op dit punt te leveren. WINZ heeft vervolgens een 9-tal getuigen gehoord en Unocal 3, allen met ruime ervaring in de olie- en gaswereld. De 9 getuigen van WINZ verklaarden dat een ORRI (vrijwel altijd) wordt verleend als een percentage over de opbrengst van het overgedragen belang (i.c. de 48%) en niet over de totale productie. Het Hof heeft vervolgens het door Unocal ingestelde hoger beroep verworpen. Eind goed al goed voor WINZ.

Conclusie

Wat kunnen we leren uit dit arrest van het Hof? Ten eerste dat partijen goed onderscheid moeten maken in olie- en gasovereenkomsten waar een partij een verplichting op

zich neemt als mede-vergunninghouder en waar een verplichting is opgenomen in de hoedanigheid van diezelfde partij als Operator. Dat was hier niet gebeurd. Ten tweede dat de Nederlandse rechter bij de inkleuring en interpretatie van olie- en gascontracten aanknoopt bij wat in de branche gebruikelijk is en aan *Industry Practice* zelfs een zo groot belang hecht dat de letterlijke taalkundige interpretatie hierdoor opzij kan worden gezet.



MARTIKA JONK

Partner

T +31 20 3016 417

M +31 6 55 384 343

E martika.jonk@cms-dsb.com