

# Ad rem

## A little learning is a dangerous thing

Prof. mr. F.W. Grosheide

### 1. Inleiding

Het redigeren van een goed contract is vakwerk. Kennis van het op de te regelen materie toepasselijke recht is het begin van alle wijsheid. Waartoe gebrek aan dergelijke kennis kan leiden, illustreert de in het vervolg te bespreken recente Engelse uitspraak van Peter Prescott QC in een octrooirechtzaak (*Oxonica v. Neuftec*).<sup>1</sup>

Onder het hoofd *Some Remarks on the Draftsman's Understanding of the Law* (nr. 64-71) overweegt de rechter – onder verwijzing naar het als motto boven dit *Ad Rem* opgenomen adagium (nr. 64) – dat lezing van de ter beoordeling voorgelegde octrooicentie hem tot de mening had gebracht *'that the draftsman was not very familiar with patent practice and terminology'*. In 's rechters lezing wekt het contract de indruk *'that he'* (i.e. de steller van het contract) *'was not always clear in his own mind about what he was doing and, when not clear, allowed his word processor to do his thinking for him'*. Dat moet hard aangekomen zijn bij de raadsman die het schrijven van het contract op zich had genomen! Men kan zich voorstellen dat zijn cliënt voor een volgende opdracht een deurtje verder is gegaan.

Hoe dit zij, gebrekkige kennis van het octrooirecht leidde *in casu* tot een even gebrekkig licentiecontract dat de rechter voor de volgende vraag stelde:

*'How do we interpret a formal commercial agreement if it is ambiguous and we have reason to believe that its draftsman did not have a deep understanding of the relevant law? (nr. 1)'*

En daarmee zijn wij *in medias res* van de materie die ons in *Contracteren* bezighoudt: hoe moeten commerciële contracten worden geïnterpreteerd?

Maar eerst nog een zijsprong: want wat is het toch altijd een weerkerend genoegen om uitspraken van Engelse rechters te lezen! Op een even erudiete als eloquente wijze, en versterkt met een heel arsenaal van voetnoten en referenties, wordt een helder inzicht ge-

geven in het denkproces dat de rechter tot zijn beslissing brengt. Het is meteen al raak in de tweede overweging (zij het helaas zonder verwijzende voetnoot<sup>2</sup>):

*'The secret of drafting legal documents was best described by Nicholas Boileau, who was not only a literary critic but a qualified lawyer: "Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire arrivent aisément." What one conceives well can be stated with clarity and the words to say it come easily. (nr. 2)'*

Deze intro wordt gevolgd door een verwijzing naar het periodieke systeem, taalfilosofische overwegingen en vooral ook diepgaande analyses en referenties naar toepasselijk geachte rechterlijke uitspraken van collegae.

### 2. Licensed Products

Aan de orde is dus de uitleg van een licentiecontract waarin Neuftec aan Oxonica een exclusieve licentie verstrekte op *patent and know how*. Uit hoofde van de overeenkomst kon Neuftec aanspraak maken op een *royalty* over de verkoop van wat werd aangeduid als *Licensed Products*. Maar wat moest worden verstaan onder die aanduiding *Licensed Products*? Prescott begint het denkproces dat tot zijn beslissing over die uitlegvraag leidt met overwegingen ter zake van de betekenis in rechte van de feitelijke gang van zaken die heeft geleid tot het sluiten van het licentiecontract. Dat verloopt als volgt.

*'There is a lot of evidence (...) about the events leading up to the signing of the Licensed Deed. (nr. 8) (...) Needless to say – and absent an application for the rectification of the document, which is not made here – it does not matter what a party thought an agreement meant when he signed it. Nor does it matter what he was negotiating to get. What matters is what the document would*

<sup>1</sup> Commentaar bij Royal Court of Justice, Peter Prescott QC, 5 September 2008, Case No. HC 07 C 00437, [2008] EWHC 2127 (Pat (*Oxonica v. Neuftec*)).

<sup>2</sup> Maar zie Wikipedia!

*convey to a neutral and reasonable person. But no document, nor any other statement made by human beings for that matter, can properly be understood except in its context. Therefore what I have to decide is what the License Deed would convey to a reasonable person who has all the background knowledge that would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the agreement. This knowledge includes everything which would have affected the way our reasonable man would have understood the language of the document. However as already stated it does not include any knowledge of the parties' subjective intentions, or of their previous negotiating positions. (nr. 9)<sup>3</sup> (...) That is the modern approach to the interpretation of commercial documents and it was explained by Lord Hoffmann in Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society. (nr. 10)<sup>4</sup>*

Voor de Nederlandse contractenmaker – ook wanneer hem de *Investors*-zaak nog helder voor ogen staat – bevatten deze overwegingen al dadelijk een welkome samenvatting van de nog steeds interessante uitleginstructies van Lord Hoffmann. Wanneer het betreft schriftelijke commerciële contracten (Prescott spreekt ook van ‘*a formal commercial agreement*’ (nr. 36)) zijn voor de uitleg ervan niet de subjectieve bedoelingen van partijen of de door hen tijdens de contractsonderhandelingen ingenomen posities van belang. Waar het om gaat, is de betekenis die een neutrale en redelijke persoon bij kennisneming van de inhoud van het document waarin de wilsovereenstemming (*agreement*) is vastgelegd, daaraan mag hechten. Hieruit blijkt van een vergaande objectivering van de betekenis van de inhoud van een commercieel contract die kennelijk is ingegeven door de behoefte aan rechtszekerheid ook naar buiten het contract staande derden toe. Maar daarmee is nog niet alles gezegd. Immers, geen aandacht is besteed aan de overweging die verwijst naar de voor de uitleg van een schriftelijk commercieel contract belangrijke geachte context.

Die context komt aan de orde wanneer Prescott na een onderzoek naar de feitelijke gang van zaken zoals die tussen partijen is verlopen, terugkomt op wat hij noemt *Interpreting Formal Commercial Agreements: the Modern Approach* (nr. 36–41). Als bijzonderheid – maar voor commerciële contracten van enige betekenis natuurlijk vanzelfsprekend – stelt Prescott dan voorop dat het in casu een contract betreft ‘*that purports to specify the position in great detail, that contains definition clauses, that uses terms of art known to experienced patent lawyers, and that was professionally drafted*’ (nr. 36). Hij roept dan in herinnering dat

*‘(i)t used to be thought that courts were obliged to interpret formal commercial agreements of that sort according to the literal meaning of the wording, unless they were ambiguous, in which case the interpretation that best accorded with business common sense was to be preferred; but if not ambiguous, the literal meaning had to be taken even if it defied common sense’.*

3 Tussen haakjes voegt Prescott met relevante verwijzing nog toe dat er stemmen zijn opgegaan voor een *more flexible approach* maar dat hem dat zijns inziens *in casu* niet helpt.

4 [1997] UKHL 2; [1998] 1 WLR 896, 912-913 (*Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*).

Prescott merkt op dat die benadering naast voordelen (bijv. geen gezeur over feitelijkheden die nader onderzocht zouden moeten worden om de juiste betekenis van een contractsclausule te ontdekken maar dat alleen maar diende om tijd te rekken) ook nadelen (bijv. ongerechtvaardigd aangenomen bevindingen) had en dan ook geleidelijk in de tweede helft van de vorige eeuw is verlaten met als uitkomst de *Investors*-zaak (die overigens – zoals Prescott laat zien – werd voorafgegaan door andere uitspraken van Lord Hoffmann).

In de moderne benadering ligt nu het accent op de

*‘function of language (...) to convey meaning to the person to whom it is addressed; and in the case of a commercial document, the one to whom it is taken to be addressed is the reasonable person with an adequate knowledge of the background. But he knows that people sometimes use incorrect language and from his knowledge of the background he infers the correct meaning (nr. 39).’*

Dat is – voegt Prescott tussen neus en lippen toe – ‘*what philosophers of language call the principle of rational accommodation*’ (met voetnoot ditmaal!).

Een en ander aan de hand van een citaat uit de *Investors*-zaak waarin Lord Hoffmann Mrs Malaprop ten tonele voert en de verspreking laat maken dat iemand ‘*is as obstinate as an allegory on the banks of the Nile*’, wat overduidelijk voor de goede verstaander *an alligator* moet zijn.<sup>5</sup> Soortgelijke vergissingen, aldus Prescott, komen regelmatig voor wanneer niet-specialisten ‘*inspired by their wordprocessors*’ contracten schrijven over specialistische onderwerpen (nr. 40). Echter, wanneer het niet al te moeilijke kwesties betreft en maar één goede interpretatie mogelijk is, komt de goede verstaander er zonder ‘*doing violence to the natural meaning of language*’ doorgaans wel uit (nr. 41). Maar dat ligt anders bij ‘*a serious ambiguity*’. Dan is de enige oplossing een contextuele: zoeken naar ‘*the interpretation that best accords with business common sense*’ (nr. 41).

Dusdoende beantwoordt Prescott de vraag wat dan te doen met een contract waarvan de letterlijke tekst contextueel, dat wil zeggen: afgaande op wat in de in aanmerking komende tak van handel een redelijke lezing is, dubbelzinnig blijkt, in het ter beoordeling voorgelegde geval van het licentiecontract als volgt.

*‘I conclude (...) that the drafting of this commercial contract warns us very strongly not to put too much weight on ‘detailed semantic and syntactical analysis of words...[if it] is going to lead to a conclusion that flouts business commonsense’.*<sup>6</sup>

Een variant dus op het bekende ‘*ordinary person on the Clapham bus*’-argument.<sup>7</sup>

Ik vermeld tot slot nog ‘*for the record*’ dat deze benadering Prescott er ten slotte toe brengt Neuftecs interpretatie van *Licensed Products* voor de meest aanvaardbare te houden en op basis daarvan een uitspraak te doen over de door Oxonica verschuldigde *royalties*.

5 De figuur van Mrs Malaprop komt uit Richard Brinsley Sheridan's toneelstuk *The Rivals* (1775) en is vemaard vanwege haar voortdurende incorrecte gebruik van woorden die klinken als het correcte woord. Zie opnieuw Wikipedia!

6 Verwezen wordt o.m. naar Lord Diplock in [1985] AC 191, 201 (*Antaios Compania Naviera SA v. Salen Rederierna AB*), geciteerd in de *Investors*-zaak.

7 Zie voor de laatste maal Wikipedia!

### 3. Conclusie voor Nederlandse situatie

Voor Nederlandse contractenmakers die het *Ad Rem* in *Contracteren* 2008/2 naast hun pc hebben liggen, is deze uitspraak – behalve voor het schrijven van contracten in de internationale Engelsrechtelijke praktijk – ook voor de vaderlandse situatie van belang. Verdedigbaar is immers dat ook in de objectivering van de contractsuitleg waarvan naar Nederlands recht afhankelijk van de omstandigheden van het geval (bijv. een commercieel contract dat is opgesteld na onderhandelingen tussen professioneel begeleide partijen) steeds meer sprake is, nog wel een tandje kan worden bijgezet door meer dan tot nog toe gebruikelijk is betekenis toe te kennen aan wat in de in aanmerking komende tak van handel in een contract van een bepaalde soort pleegt te worden gelezen respectievelijk onder een clause in een dergelijk contract pleegt te worden verstaan.