

# Op de golven van de goede trouw naar Engels contractenrecht

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes\*

## 1. Inleiding

De gemiddelde Engelse contractenrechtjurist lijdt aan een stevige vorm van ‘fides fobia’:<sup>1</sup> een ziekelijke angst voor de goede trouw.<sup>2</sup> Lange tijd trok hij zijn dunne wenkbrauwen omhoog als hij hoorde dat naar Nederlands contractenrecht de uitleg in het teken van de redelijkheid en billijkheid staat, en dat redelijkheid en billijkheid zelfs in de weg kunnen staan aan een beroep op een contractbeding. Contractvrijheid en ‘business certainty’ zijn de leidende beginselen van het Engelse contractenrecht.

Zo staat bij de uitleg van een contract naar Engels recht de tekst begrepen naar normaal spraakgebruik voorop en kent het Engelse contractenrecht geen algemeen beginsel van goede trouw.

De uitleg naar Engels recht leek vooral sinds *ICS v. West Bromwich Building Society* 1 [1998] WLR 896 wat meer contextueel te moeten worden begrepen, maar dat moet niet overdreven worden.<sup>3</sup> Een meer contextuele uitleg is naar Engels recht eerst aan de orde als de woorden, uitgelegd naar normaal spraakgebruik, niet duidelijk zijn en dat wordt niet spoedig aangenomen (n’*en déplaise* Paul Scholten). ‘Where the parties have used unambiguous language, the court must apply it.’<sup>4</sup>

Anders dan naar Nederlands contractenrecht, waar de redelijkheid en billijkheid als basisbeginsel van het gehele contractenrecht, zo niet ons gehele privaatrecht, gelden (art. 6:2 en 248 BW), kent het Engelse contractenrecht geen algemeen beginsel van redelijkheid en billijkheid.<sup>5</sup> Lord Bingham heeft dit in een veel geciteerde uitspraak als volgt uitgedrukt:<sup>6</sup>

‘In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle

that in making and carrying out contracts parties should act in good faith. This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as “playing fair”, “coming clean” or “putting one’s cards face upwards on the table.” It is in essence a principle of fair open dealing (...). English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness.’

Typerend is ook het ontbreken van de goede trouw in de onderhandelingsfase. In de bekende zaak *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, 138 overwoog de toenmalige House of Lords bij monde van Lord Ackner dat een verplichting om te goeder trouw te onderhandelen ‘is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations’ and ‘unworkable in practice’. Daar is geen woord Frans bij, om Hans Nieuwenhuis aan te halen.

Een nieuw tijdperk lijkt te zijn aangekondigd met de zaak van de Engelse High Court (ondanks de welluidende naam een rechter in eerste aanleg) *Yam Seng v. International Trade Corporation* [2013] EWHC 111.<sup>7</sup> Leggatt J concludeerde daarin (par. 153), na een rondgang door het contractenrecht van Engeland en andere common-law-landen: ‘(...) I respectfully suggest that the traditional English hostility towards a doctrine of good faith in the performance of contracts, to the extent that it still persists, is misplaced.’ Het is maar een beginnetje: alleen de goede trouw bij de uitvoering van het contract wordt erkend (niet: in de onderhandelingsfase, bij de uitleg of postcontractueel), en dan nog alleen een zeer beperkt begrip van de goede trouw (‘honesty’, ‘fidelity’ en soms mededelingsplichten) voor een beperkte categorie contracten (‘rela-

\* Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes is advocaat/partner bij BarentsKrans, hoogleraar Privaatrecht aan de VU en redacteur van dit tijdschrift. Dit artikel is gebaseerd op een bijdrage aan de Studiekring Normatieve Uitleg (van prof. Jan van Dunné) op 26 juni 2015.

1. De term is ontleend aan J.M. van Dunné, ‘On a Clear Day, You Can See the Continent – The Shrouded Acceptance of Good faith as a General Rule of Contract Law on the British Isles’, [2015] 31 *Construction Law Journal*, p. 32.
2. In deze bijdrage gebruik ik de begrippen ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘goede trouw’ als inwisselbaar. In het Burgerlijk Wetboek wordt het begrip ‘goede trouw’ doorgaans gebruikt voor de subjectieve, goederenrechtelijke goede trouw ex art. 3:11 BW, in tegenstelling tot de objectieve, verbintenisrechtelijke redelijkheid en billijkheid op de voet van art. 6:2 en 248 BW.
3. Zie over uitleg van contracten naar Engels recht kort R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi 2009, par. 6.3.
4. Lord Clarke in *Rainy Sky v. Kookmin Bank* [2011] UKSC 50, 23. Zie recent ook Lord Neuberger (par. 14 e.v.) in *Arnold v. Britton* [2015] UKSC 36.
5. Zie kort J. Cartwright, *Contract Law, An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, p. 58 e.v.
6. *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes* QB 433 (CA) 439.
7. Daarover Coen Drion, ‘Good faith’, *NJB* 2013/793, p. 1029.

tional contracts'). Een algemene en ruime toepassing van de goede trouw in het contractenrecht is nog ver weg.

In dit artikel besteed ik aandacht aan twee vragen.

Ten eerste of de zaak *Yam Seng* in latere rechtspraak navolging, of zelfs uitbreiding, heeft gekregen (in paragraaf 2). De Engelse advocatuur zou de Engelse advocatuur niet zijn als zij het muizengaatje in *Yam Seng* niet snel wist te vinden en niet zou trachten in andere gevallen een lans te breken voor het aanvaarden van een 'implied duty of good faith' in allerlei contracten. Sinds de uitspraak in de zaak *Yam Seng* in 2013 zijn er dertien uitspraken gedaan waarin de rechter (twaalf keer de High Court, en één keer de Court Appeal) heeft verwezen naar de zaak *Yam Seng*.

Ten tweede bespreek ik welke beperkingen de toepassing van de redelijkheid en billijkheid naar Engels contractenrecht kent (in paragraaf 3). Het Engelse recht heeft geen wettelijke bepalingen als art. 6:2 en 248 BW, waarin in algemene termen is neergelegd dat de redelijkheid en billijkheid iedere contractuele relatie (en meer) beheersen. Wat is de grondslag voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid op contracten naar Engels recht? Welke contracten lenen zich voor toepassing van de goede trouw? Wat is de inhoud van de goede trouw naar Engels contractenrecht?

## 2. 'Good faith' in *Yam Seng* en in uitspraken nadien

### 2.1. *Yam Seng v. International Trade Corporation*<sup>8</sup>

ITC sloot met *Yam Seng* (een Singaporees bedrijf) in mei 2009 een distributieovereenkomst, waarbij *Yam Seng* het exclusieve recht kreeg parfums onder het merk 'Manchester United' (de Engelse voetbalclub) te distribueren in 'duty-free outlets' (op luchthavens en aan boord van vliegtuigen) in bepaalde gebieden in het Midden-Oosten, Azië, Afrika en de Australische regio. ITC ging vervolgens een contract aan met een andere distributeur in Singapore (Kay Ess) voor de distributie van hetzelfde product maar dan in 'gewone' winkels. ITC stond Kay Ess toe de parfums te verkopen voor een winkelprijs die lager was dan de 'duty-free'-prijs (welke prijs meestal lager is dan de winkelprijs). Toen *Yam Seng* ITC daarop wees zei ITC dat zij er wat aan zou doen, maar dat bleek zij te hebben nagelaten. Toen ITC dat uiteindelijk wel trachtte te bewerkstelligen, weigerde Kay Ess de prijs te verhogen omdat zij de parfums al voor de lagere prijs te koop aanbood.

*Yam Seng* beriep zich jegens ITC op ontbinding wegens wanprestatie. Een van de gronden die door *Yam Seng* was aangevoerd is dat er een 'implied term' in de overeenkomst stond dat partijen te goeder trouw de overeenkomst zouden uitvoeren. *Yam Seng* verweet ITC twee impliciete verplichtingen (implied duties of good faith') te hebben geschonden: (i) de verplichting om eerlijke informatie te geven (wat zij met Kay Ess had afgesproken) en (ii) de verplichting Kay Ess geen toestemming te geven

een winkelprijs te hanteren die lager is dan de 'duty-free'-prijs.

Leggatt J gaat uitvoerig in op het al dan niet bestaan van een 'implied duty of good faith' bij de uitvoering van het contract. Hij stelt voorop (par. 121) dat er volgens de commentatoren naar Engels recht geen algemeen en 'overriding' beginsel van goede trouw geldt. Hij noemt, in navolging van McKendrick, drie redenen waarom het Engelse recht zo vijandig staat tegenover een algemeen beginsel van goede trouw. Ten eerste dat het Engelse contractenrecht minder geporteerd is van algemene regels, maar meer van maatwerk voor een probleem ('piecemeal solutions for demonstrated problems of unfairness', zoals Lord Bingham het uitdrukte in *Interfoto v. Stiletto*). Ten tweede het individualisme in het Engelse recht, met het accent op het mogen nastreven van het eigen belang. Ten derde dat een vaag begrip als de goede trouw niet goed past bij het nastreven van 'contractual certainty', het centrale beginsel van het Engelse contractenrecht.

Daarna geeft Leggatt aan (par. 124) dat in 'civil-law'-landen (als Duitsland en Frankrijk) een algemeen beginsel van goede trouw wordt aanvaard en dat via EU-regelgeving die goede trouw ook doorsijpelt naar het Engelse recht.

In een uitvoerig overzicht laat Leggatt zien dat elders in de common law (in de VS, Canada, Australië en Nieuw-Zeeland, en in Schotland) de toepassing van de goede trouw bij de uitvoering van een contract min of meer aanvaard is.

Vervolgens onderscheidt Leggatt (par. 135-141) twee aspecten van de goede trouw die ook naar Engels recht reeds algemeen worden verondersteld aanwezig te zijn bij de uitvoering van contractuele relaties: 'honesty' en 'fidelity'.

In bijzondere gevallen kan volgens hem een verplichting worden aangenomen dat partijen zekere informatie met elkaar moeten uitwisselen die relevant is bij de uitvoering van het contract. Traditioneel wordt een dergelijke mededelingsplicht bij de uitvoering van het contract alleen aangenomen bij 'fiduciary relationships', zoals partnership (contractuele vennootschappen) en trusteeship. Bij contracten die een 'simple exchange' inhouden (zoals een koopcontract) wordt een dergelijke informatieplicht niet aanvaard. Volgens Leggatt is die tegenstelling te eenvoudig. Hij zou ook bij 'relational contracts', duurovereenkomsten die een langere looptijd kennen, een mededelingsplicht van partijen jegens elkaar willen aanvaarden (par. 142):

'Such "relational" contracts, as they are sometimes called, may require a high degree of communication, cooperation and predictable performance based on mutual trust and confidence and involve expectations of loyalty which are not legislated for in the express terms of the contract but are implicit in the parties' understanding and necessary to give business efficacy to the arrangements. Examples of such relational contracts might include some joint

8. *Yam Seng v. International Trade Corporation* [2013] EWHC 111.

venture agreements, franchise agreements and long term distributorship agreements.’

De ‘test of good faith’ is volgens Leggatt een objectieve test (par. 144; vgl. ook par. 150):

‘(...) in the sense that it depends not on either party’s perception of whether particular conduct is improper but on whether in the particular context the conduct would be regarded as commercially unacceptable by reasonable and honest people.’

De inhoud van de goede trouw is naar Engels recht veel beperkter dan naar civil law. Leggatt (par. 151):

‘(...) in so far as English law may be less willing than some other legal systems to interpret the duty of good faith as requiring openness of the kind described by Bingham LJ in the *Interfoto* case as “playing fair” “coming clean” or “putting one’s cards face upwards on the table”, this should be seen as a difference of opinion, which may reflect different cultural norms, about what constitutes good faith and fair dealing in some contractual contexts rather than a refusal to recognise that good faith and fair dealing are required.’

Eerder schreef Leggatt al (par. 131):

‘I doubt that English law has reached the stage, however, where it is ready to recognise a requirement of good faith as a duty implied by law, even as a default rule, into all commercial contracts.’

Eind van het liedje is dat Leggatt aanvaardde dat ITC jegens Yam Seng een ‘implied obligation’ had geschonden door welbewust geen mededeling te doen van prijsafspraken met een concurrerende distributeur in Singapore. Die tekortkoming was zodanig ernstig dat Yam Seng de overeenkomst voor ontbonden mocht houden.

## 2.2. *Mid Essex v. Compass Group*<sup>9</sup>

In 2008 sloot Medirest (een handelsnaam van de Compass Group) een overeenkomst met een trust die twee ziekenhuizen exploiteerde (Mid Essex) om maaltijden en schoonmaakdiensten voor deze ziekenhuizen te verzorgen. Indien het niveau van de dienstverlening niet voldeed aan bepaalde ‘service levels’ in de overeenkomst, voorzag die overeenkomst erin dat het ziekenhuis de discretionaire bevoegdheid had daarvoor strafpunten toe te kennen (‘Service Failure Points’) en om dienovereenkomstig kortingen toe te passen op het maandelijks aan Medirest te betalen bedrag. Bij een zeker aantal strafpunten kende de overeenkomst Medirest tevens de bevoegdheid toe de overeenkomst te ontbinden. Bij inspecties bleek met name dat een aantal etenswaren (zoals chocolademousse, ketchup en boterkuipjes) kort over de houdbaarheidsdatum was en dat er kruimels in het broodrooster, de magnetron en in de koelkast zaten. Mid Essex kende daarvoor strafpunten en gigantische boetes toe (van tienduizenden ponden per item) en paste een fikse korting op het

maandbedrag toe. Mid Essex heeft tevens de overeenkomst ontbonden.

In deze zaak voor de Court of Appeal (de rechter in hoger beroep) speelden twee vragen. Ten eerste wat de betekenis is van een expliciet beding om in ‘good faith’ samen te werken. Ten tweede of een ‘implied term’ moet worden aangenomen dat bij de beoordeling van de prestatie van de dienstverlener de opdrachtgever niet zou handelen ‘in an arbitrary, irrational or capricious manner’.

Wat de tweede kwestie betreft, geeft Lord Justice Jackson aan dat naar Engels recht het gebruik van een discretionaire contractuele bevoegdheid alleen is onderworpen aan een ‘implied term’ om die bevoegdheid niet ‘in an arbitrary, irrational or capricious manner’ uit te oefenen, indien er een element van waardering en afweging aan die bevoegdheid voorafgaat. Jackson LJ heeft een dergelijke ‘implied term’ in dit geval niet aangenomen. De voorwaarden voor toekenning van de strafpunten stonden in het contract. Indien het ziekenhuis meer strafpunten zou toekennen dan in het contract staat, zou het zich schuldig maken aan wanprestatie.

Wat de eerste kwestie betreft (de betekenis van een contractbeding inhoudende ‘cooperation in good faith’), onderstreepte Jackson LJ dat Engels recht geen algemeen leerstuk van de goede trouw kent (par. 105):

‘In addressing this question, I start by reminding myself that there is no general doctrine of “good faith” in English contract law, although a duty of good faith is implied by law as an incident of certain categories of contract: see *Horkulak* at paragraph 30 and *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB) at paragraphs 120-131. If the parties wish to impose such a duty they must do so expressly.’

Beatson LJ (par. 150) verwijst in zijn concurring opinion eveneens instemmend naar het oordeel in de zaak *Yam Seng v. ITC*. Hij acht deze zaak relevant voor de uitleg van een expliciet contractbeding om te goeder trouw te handelen.

Uit het feit dat de Court of Appeal het oordeel in *Yam Seng v. ITC* aanhaalt zonder kritische opmerking, wordt wel afgeleid dat de Court of Appeal zich in dit oordeel kan vinden.<sup>10</sup>

Jackson LJ wijst erop dat in het contractbeding om te goeder trouw samen te werken staat dat dit ziet op (i) een efficiënte uitwisseling van informatie en instructies en (ii) het mogelijk maken dat het ziekenhuis de ‘full benefit’ van het contract ontvangt (de dienstverlening aan patiënten). De verplichting om te goeder trouw samen te werken houdt enkel het volgende in (par. 112): ‘The parties will work together honestly endeavouring to achieve the two stated purposes.’ Volgens Jackson LJ hebben partijen ten aanzien van die twee aspecten te goeder trouw het contract uitgevoerd. Beatson LJ (par. 154) voegt daaraan

9. *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v. Compass Group* [2013] EWCA Civ. 200.

10. Deputy Justice Spearman in *Bristol Groundschool v. Intelligent Data Capture* [2014] EWHC 2145, 196 (ii).

toe dat waar een contract duidelijk is, er weinig ruimte is om daarnaast nog een verplichting te goeder trouw aan te nemen die daar door- of overheen fietst.

### 2.3. *TSG v. South Anglia*<sup>11</sup>

South Anglia, een woningbouwvereniging, sloot een contract met TSG voor werkzaamheden die betrekking hebben op gasleidingen in de door South Anglia beheerde huizen. South Anglia heeft de overeenkomst opgezegd. Vraag was of het recht tot opzegging (te allen tijde) was beperkt doordat tevens is overeengekomen (clause 1.1) dat partijen 'shall work together and individually in the spirit of trust, fairness and mutual co-operation for the benefit of the Term Programme, within the scope of their agreed roles, expertise and responsibilities as stated in the Partnering Documents'. In deze zaak ging het, evenals in de zaak *Mid Essex v. Compass* (waar de rechter naar verwijst, par. 34), om een contractueel beding te goeder trouw te onderhandelen. Ook hier was het oordeel van de rechter (Akenhead LJ) dat het contractbeding strikt moest worden uitgelegd en niet inhield dat South Anglia als zodanig 'reasonable' moest handelen bij de opzegging van de overeenkomst.

Een andere vraag was of het contract een 'implied term of good faith' inhield met betrekking tot het contractuele recht van opzegging. Akenhead LJ (par. 45) wijst in dit verband op de zaak *Yam Seng v. ITC*, maar voegt daar wat raadselachtig aan toe (par. 46):

'Because cases and contracts are sensitive to context, I would not draw any principle from this extremely illuminating and interesting judgment which is of general application to all commercial contracts. I do not see that implied obligations of honesty or fidelity to the contractual bargain impinge in this case at all. There is certainly no suggestion or hint that there has or might have been any dishonesty in the decision to terminate. So far as fidelity to the bargain is concerned, that depends upon what the bargain actually was. In any event, fidelity to the bargain is largely already covered by the expressed terms (...) and, at least to that extent, does not have to be implied as well.'

Als een Engelsman 'interesting' zegt, dan betekent dit meestal het tegenovergestelde. Zoveel is zeker, Akenhead LJ doet niets met het oordeel in de zaak *Yam Seng v. ITC*. Opzegging mocht volgens het contract te allen tijde en daartoe was South Anglia gerechtigd. Contract is contract.

### 2.4. *Hamsard 3147 v. Boots*<sup>12</sup>

Hamsard (handelend onder de naam Mini Mode Childrenswear) heeft met Boots een interim-overeenkomst gesloten tot levering van kinderkleding (aangeduid als een 'nascent joint venture'). Boots heeft die overeenkomst opgezegd. Hamsard vordert te dien aanzien op diverse gronden schadevergoeding van Boots. Een van die gronden is dat Boots een 'implied term' in de overeenkomst

van partijen heeft geschonden, inhoudend dat partijen te allen tijde te goeder trouw jegens elkaar dienen te handelen bij de uitvoering van het contract, elkaar open en coöperatief dienen te benaderen en te verzekeren dat de nettowinst gemaximaliseerd wordt. In strijd hiermee heeft Boots volgens Hamsard na de opzegging de herfst-/wintercollectie 2010 geannuleerd en de restantvoorraad weggegeven of vernietigd. Hamsard stelt hierdoor winst te hebben gederfd. Justice Norris gaat niet mee met het betoog van Hamsard en verwerpt het bestaan van een algemene 'implied term' om te goeder trouw de overeenkomst uit te voeren, laat staan dat deze zou inhouden dat de winst gemaximaliseerd moet worden:

'86. (...) I do not regard the decision in *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation* as authority for the proposition that in commercial contracts it may be taken to be the presumed intention of the parties that there is a general obligation of "good faith". I readily accept that there will generally be an implied term not to do anything to frustrate the purpose of the contract. But I do not accept that there is to be routinely implied some positive obligation upon a contracting party to subordinate its own commercial interests to those of the other contracting party. Boots was not obliged as a matter of "good faith" to order from Hamsard goods that it did not want (...) simply because if it had done so the nascent joint venture would have been more profitable.

87. Further, if a term is to be implied then I consider that it would only have imposed on the parties a duty to deal with one another on an open and collaborative basis. That is the obligation actually imposed in the 2007 Agreement. There is no obligation to maximise profit. The term plainly cannot be read as subjecting every other contractual obligation to the qualification that the maximum Net Profit must be generated by the relationship.'

De ene contractpartij hoeft niet haar commerciële belangen op te offeren aan die van de andere contractpartij. Boots hoefde na de opzegging geen producten af te nemen die zij niet wilde, of rivaliserende producten van Hamsard te verkopen terwijl zij haar nieuwe kinderkledinglijn lanceerde. Een dergelijke impliciete contractverplichting, gebaseerd op de goede trouw bestaat niet.

### 2.5. *Roadchef (Employee Benefits Trustee) Ltd v. Timothy Ingram Hill*<sup>13</sup>

Roadchef is een grote keten van wegrestaurants in Engeland. De oprichter van Roadchef (Patrick Gee) wenste een werknemersparticipatieplan op te zetten (een Employee Benefit Trust, EBT). Korte tijd na oprichting van de EBT, die een groot aandelenbelang in Roadchef kreeg, overleed Gee. Zijn opvolger, de heer Ingram-Hill, verwerfde op slinkse wijze op persoonlijke titel de aandelen Roadchef van de EBT. Hij verkocht de aandelen in 1998 voor zo'n £ 22 miljoen. Indien de EBT zou zijn uitgevoerd zoals oprichter Gee had bedoeld, dan zou ieder van de 600 werknemers een vijfcijferig bedrag hebben ontvangen. De High Court oordeelde in januari 2014 dat

11. *TSG Building Services v. South Anglia Housing* [2013] EWHC 1151.

12. *Hamsard 3147 and J.S. Childrenswear v. Boots UK* [2013] EWHC 3251.

13. *Roadchef (Employee Benefits Trustee) Ltd v. Timothy Ingram Hill* [2014] EWHC 109.

Ingram-Hill zijn ‘fiduciary duty’ had geschonden. In de zomer van 2014 is de zaak geschikt.

In verband met de rechtsgevolgen van de nietigheid van de transactie tussen de EBT en heer Ingram-Hill was relevant te bepalen of laatstgenoemde al dan niet een ‘bona fide purchaser’ was. Justice Proudman oordeelde te dien aanzien (par. 139):

‘(...) Mr Ingram Hill’s acquisition, in view of my findings, cannot be described as made in good faith. Improper or unconscionable behaviour is clearly bad faith, irrespective of dishonesty: see *Yam Seng Ptd Ltd v. International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 per Leggatt J at [138] and [141] and *Street v. Derbyshire* [2005] ICR 97 at [41]-[44].’

Proudman J haalt hier met instemming de zaak *Yam Seng* aan.

#### 2.6. *Greenclose v. National Westminster Bank*<sup>14</sup>

In deze zaak was aan de orde van een bank (NatWest) aan de klant (Greenclose), die met de bank een renteswap-transactie had gesloten, tijdig en op de juiste wijze een notificatie had verstrekt (op grond van de toepasselijke bepaling van de overeenkomst) om de transactie met twee jaar te verlengen. Volgens Justice Andrews had die notificatie niet juist plaatsgevonden, zodat het contract niet is verlengd.

Ten overvloede gaat zij vervolgens kort in op een subsidiair standpunt van Greenclose: dat de door de bank voorgestane verlenging in strijd is met een ‘implied term to act in good faith’. Justice Andrews besliste dat er naar Engels recht geen algemeen leerstuk van de goede trouw bestaat en dat het onaannemelijk is dat een dergelijk beding als een noodzakelijk impliciet beding moet worden aanvaard in een overeenkomst tussen twee professionele, commerciële partijen die een gelijkwaardige onderhandelingspositie hebben. Mrs Justice Andrews (par. 150):

‘So far as the “Good Faith” condition is concerned, there is no general doctrine of good faith in English contract law and such a term is unlikely to arise by way of necessary implication in a contract between two sophisticated commercial parties negotiating at arms’ length. Leggatt J’s judgment in *Yam Seng Pte Ltd International Trade Corporation Ltd* [2011] EWHC 111, on which Greenclose heavily relies, is not to be regarded as laying down any general principle applicable to all commercial contracts. As Leggatt J expressly recognized at [147] of that judgment, the implication of an obligation of good faith is heavily dependent on the context. Thus in some situations where a contracting party is given a discretion, the Court will more readily imply an obligation that the discretion should not be exercised in bad faith or in an arbitrary or capricious manner, but the context is vital. A discretion given to the board of directors of a company to award bonuses to its employees may be more readily susceptible to such implied restrictions on its exercise

than a discretion given to a commercial party to act in its own commercial interests.’

Justice Andrews (par. 151) verwees naar de zaak *TSG v. South Anglia* en oordeelde dat eenzelfde redenering van toepassing is in geval van een ongekwalificeerde optie of recht van een partij om een contract te verlengen aan het einde van de contracttermijn. Door een dergelijke overeenkomst te sluiten neemt de ene partij het risico dat de andere partij het contract verlengt. Contract is contract.

#### 2.7. *Bristol Groundschool v. Intelligent Data Capture*<sup>15</sup>

Bristol Groundschool (BGS) had gedurende tien jaar (1999-2009) een overeenkomst met Intelligent Data Capture (IDC), waarbij zij samenwerkten ten aanzien van de productie van elektronische trainingshandboeken voor piloten in de burgerluchtvaart. IDC maakte het ‘artwork’ (de plaatjes) en BGS schreef de teksten en verkocht de handleidingen aan studenten. Nadien is de samenwerking geëindigd en hebben beide partijen ieder hun eigen handleiding geproduceerd. In reconventie stelde IDC dat BGS een impliciete verplichting voortvloeiend uit de goede trouw heeft geschonden doordat zij, zonder toestemming van IDC, materiaal uit het IT-systeem van IDC heeft gedownload voor eigen gebruik. Deputy Judge Spearman oordeelde te dien aanzien dat naar zijn oordeel (par. 196):

‘(i) The 2001 Agreement was a “relational” contract of the kind referred to by Leggatt J in the YSP case (*Yam Seng v ITC, RJT*) at [142].

(ii) The 2001 Agreement did contain an implied duty of good faith. Although the Court of Appeal in the Mid Essex case made only passing reference to the judgment of Leggatt J in the YSP case, and, moreover, did not focus on the implication of the duty of good faith in contracts outside the categories mentioned by Leggatt J at [131], I detect no element of disapproval of that judgment in the judgments of the Court of Appeal. Moreover, I respectfully agree with Leggatt J’s analysis. (...)

(iv) It is clear from the judgment in the YSP case (at [135]-[140]) that good faith extends beyond, but at the very least includes, the requirement of honesty.

(v) The relevant test is that of conduct that would be regarded as “commercially unacceptable” by reasonable and honest people in the particular context involved: that this is the test for dishonesty appears from *Royal Brunei Airlines Sdn v Tan* [1995] 2 AC 378, and *Beatson LJ* appears to have used the same test for good faith more generally in the Mid Essex case at [150].’

In deze zaak wordt de beslissing in *Yam Seng v. ITC* expliciet gevolgd. In lijn met *Yam Seng* wordt aangenomen dat ‘good faith’ verder gaat dan, maar ten minste omvat, het vereiste van eerlijkheid (‘honesty’). Of er sprake is van gedrag dat kwalificeert als ‘commercially unacceptable’ moet worden bezien in het licht van ‘reasonable and honest people in the particular context involved’.

14. *Greenclose v. National Westminster Bank* [2014] EWHC 1156.

15. *Bristol Groundschool v. Intelligent Data Capture* [2014] EWHC 2145.

De rechter oordeelde dat het downloaden van materiaal van IDC door BGS, zonder toestemming, ‘commercially unacceptable’ was en daarmee in strijd met de ‘implied duty of good faith’. Desalniettemin vond de rechter ontbinding op deze grond niet op haar plaats. De tekortkoming tastte niet de kern van de langdurige commerciële relatie aan, omdat hetgeen was gedownload door BGS voor beperkt gebruik was, met name bedoeld als voorzorgsmaatregel, en dat het financiële nadeel voor IDC beperkt zo niet afwezig was.

## 2.8. *The Federal Mogul Asbestos Personal Injury Trust v. Federal-Mogul Ltd*<sup>16</sup>

In deze zaak gaat het om de wijze van juridische afhandeling van een procedure in de Verenigde Staten van Noord-Amerika door de Trust. De Trust wenst dat voor recht wordt verklaard dat een aantal herverzekeraars van het bedrijf Federal-Mogul (voorheen: T&N) met hun voorgestelde wijze van aanpak van de geschilbeslechting en schikkingsvoorstellen moet instemmen.

De procedure betreft een zaak van de Trust namens individuele slachtoffers, die asbestgerelateerde ziekten hebben opgelopen, tegen Federal-Mogul (T&N), een producent van asbest en asbestproducten. In de overeenkomst van partijen staat, voor zover hier van belang, dat de herverzekeraars in de uitoefening van hun contractuele rechten zullen optreden in een ‘businesslike manner in the spirit of good faith and fair dealing’. De advocaat van de herverzekeraars heeft er in dit verband op gewezen (weergegeven in de beslissing in par. 119 sub iv) dat deze zinsnede met zich brengt dat volgens *Yam Seng v. ITC* de herverzekeraars enkel ‘honestly and conscionably’ jegens de andere contractpartijen moeten optreden. Justice Eder oordeelt (par. 120) dat hij het in dat opzicht met de advocaat van de herverzekeraars eens is. Niet gezegd kan worden dat het gedrag van de herverzekeraars bij de verwerping van de aanspraken van de Trust niet zakelijk was. De herverzekeraars mochten van de Trust verlangen om verder te procederen in de Verenigde Staten.

In deze zaak wijst de rechter het beroep op *Yam Seng* niet af, maar de uitspraak laat wel zien hoe beperkt van inhoud het begrip ‘goede trouw’ naar Engels recht is.

## 2.9. *Emirates Trading Agency v. Prime Mineral Exports Private Limited*<sup>17</sup>

Emirates Trading Agency (ETA) heeft ijzererts van Prime Mineral Exports Private (PMEPL) gekocht. PMEPL stelt dat ETA te weinig ijzererts heeft afgenomen. De arbitrageclausule in de overeenkomst bevat het beding dat partijen, alvorens arbitrage te initiëren, gedurende vier weken ‘shall first seek to resolve the dispute or claim by friendly discussion’. Een dergelijk beding wordt naar Engels recht mogelijk gezien als een – volgens de vaker genoemde zaak *Walford v. Miles* – ongeldige ‘agreement to negotiate’. Teare J is een andere opvatting toegedaan. Hij acht een dergelijk beding in beginsel geldig. Hij neemt tevens een

‘implied term’ aan dat de overeengekomen initiële wijze van geschilbeslechting door middel van vriendelijk overleg inhoudt dat dit overleg te goeder trouw moet geschieden. In dat verband wijst hij mede en met instemming (‘a masterly discussion’) op *Yam Seng v. ITC* (par. 51):

‘The obligation to seek to resolve disputes by friendly discussions must import an obligation to seek to do so in good faith. In traditional terms such an obligation goes without saying and is necessary to give business efficacy to the contract. In modern terms that is what the contract would be reasonably understood to mean. See *Yam Seng Pte Ltd. v International Trade Corporation Ltd.* [2013] EWHC 111 (QB) at paragraphs 131-154 for a masterly discussion by Leggatt J. of the circumstances in which a duty of good faith may be implied.’

## 2.10. *Carewatch v. Focus Caring Systems*<sup>18</sup>

Carewatch is een grote aanbieder van thuiszorg in Engeland. Zij verricht haar diensten deels in eigen beheer, deels door middel van het aangaan van franchiseovereenkomsten. Carewatch sloot een franchiseovereenkomst met Focus als franchisenemer. Focus beweerde dat Carewatch een aantal ‘implied terms’ in de franchiseovereenkomst heeft geschonden. Focus heeft in dit verband gewezen op *Hamsard v. Boots* en de verwijzing daarin naar *Yam Seng v. ITC*. Justice Henderson (par. 108) stemt uitdrukkelijk in met het oordeel van Norris J in *Hamsard v. Boots* onder meer dat *Yam Seng v. ITC* geen ‘authority’ is voor de idee dat in commerciële contracten ‘good faith’ een ‘implied term’ is.

Henderson J vervolgt (par. 109) dat de franchiseovereenkomst een commercieel contract is, dat gedetailleerde bedingen kent die zien op alle aspecten – van begin tot eind – van de franchiserelatie. Hij ziet derhalve geen leemten in de overeenkomst die door het aannemen van ‘implied terms’ gevuld moeten worden om het contract commercieel werkbaar te maken (daargelaten dat de door Focus bepleite ‘implied terms’ te ruim en onvoldoende specifiek zijn).

## 2.11. *Acer and Quantum v. Mansion*<sup>19</sup>

Acer en Quantum zijn distributeurs van financiële producten aan zelfstandige financiële adviseurs. Mansion zet financiële fondsen op en verkoopt die, waaronder de Mansion Student Accomodation Fund (MSAF). Ten behoeve van de marketing van MSAF hebben Acer en Quantum Mansion bij een Amerikaanse distributeur geïntroduceerd. Het stond Acer en Quantum vrij reclame te maken voor andere fondsen dan MSAF. Acer en Quantum sloten kort nadien een distributieovereenkomst met het Blackmore fonds. Het Blackmore fonds concurreerde met het MSAF. Mansion wilde niet dat Acer en Quantum reclame maakten voor het Blackmore fonds bij zelfstandige financiële adviseurs, ook al had Mansion niet het expliciete contractuele recht dit van Acer en Quantum te verlangen. Acer en Quantum bevestigden

16. *The Federal Mogul Asbestos Personal Injury Trust v. Federal-Mogul Ltd et al.* [2014] EWHC 2002.

17. *Emirates Trading Agency v. Prime Minerals Exports Private Limited* [2014] EWHC 2014.

18. *Carewatch Care Services v. Focus Caring Services* [2014] EWHC 2313.

19. *Acer Investment Management, Quantum Investment Management Solutions v. The Mansion Group* [2014] EWHC 3011.

evenwel aan Mansion dat zij niet zodanige reclame voor het Blackmore fonds hebben gemaakt. Deze bewering bleek evenwel niet waar. Mansion wist zelf echter dat er sprake was van een leugen. De leugen werd ook spoedig rechtgezet.

De vraag die in de voorliggende procedure speelde was of Acer en Quantum met betrekking tot het maken van reclame voor het Blackmore fonds een impliciete verplichting op grond van de goede trouw jegens Mansion hebben geschonden en, zo ja, of het feit dat zij hebben gelogen over het feit dat zij geen reclame zouden maken voor het Blackmore fonds een tekortkoming opleverde die de ontbinding rechtvaardigt. Volgens Mansion was er sprake van een 'relational contract' in de zin van de zaak *Yam Seng*. Justice Laing verwierp dat betoog onomwonden:

'107. I do not accept the submissions that this agreement gave rise, either, to fiduciary obligations on Acer's part, or to a "relational contract". Those submissions are not grounded in the commercial reality of the relationship between the parties, or in the express terms which I have held that they agreed. (...)

109. (...) The sorts of obligations and commitments that would be expected in a relational contract are absent. It was not a long-term relationship: either party could end it by giving a relatively short period of notice. Neither party was required to spend significant sums in reliance on the continuation of the relationship. In the circumstances of that relationship, defined by the terms of the agreement, set in its commercial context, there is no scope for the implication of a term of good faith. The terms of agreement, in its context, make it impossible for me to hold that Acer owed any relevant fiduciary duties to Mansion. (...)

De overeenkomst betrof een 'gewoon' verkoopcontract. Er was geen sprake van een duurovereenkomst voor lange duur; iedere partij kon het contract op korte termijn opzeggen. Partijen hoefden niet serieus te investeren in de contractrelatie. Reeds bij gebreke van een 'relational contract' was er geen aanleiding om een 'implied term' tot uitvoering te goeder trouw aan te nemen.

#### 2.12. *D&G Cars v. Essex Police Authority*<sup>20</sup>

D&G Cars had een overeenkomst met de Essex Police Authority (de politie) om auto's in haar politiedistrict op te halen (zoals auto's die achtergelaten zijn, betrokken zijn bij criminele activiteiten of niet verzekerd zijn). De politie heeft deze overeenkomst ontbonden en bovendien D&G Cars uitgesloten van een nieuwe aanbesteding van het contract. De reden daarvoor is dat de politie er onder meer achter kwam dat D&G een auto, die op instructie van de politie vernietigd had moeten worden, heeft omgekat. Volgens de politie heeft D&G Cars daarmee een 'implied term of honesty and integrity' geschonden. Beide partijen hebben het bestaan van een dergelijke 'implied term' aangenomen, maar Justice Dove gaat desalniettemin in op de juridische basis van een dergelijke

'implied term' (par. 173). Dove J verwijst daarbij naar de zaak *Yam Seng v. ITC* (par. 174). Hij vervolgt:

'175 It will be clear from what has been set out above that both the existence and the content of an implied condition in relation to honesty and integrity is highly sensitive to the context of the contract itself. By the use of the term "integrity", rather as Leggatt J uses the term "good faith", the intention is to capture the requirements of fair dealing and transparency which are no doubt required (and would, to the parties, go without saying) in a contract which creates a long-standing relationship between the parties lasting some years and which has the qualities and features to which I shall turn shortly. There may well be acts which breach the requirement of undertaking the contract with integrity which it would be difficult to characterise definitively as dishonest. Such acts would compromise the mutual trust and confidence between the parties in this long-term relationship without necessarily amounting to the telling of lies, stealing or other definitive examples of dishonest behaviour. They would amount to behaviour which the parties would, had they been asked, have identified as obvious acts which were inconsistent with the maintenance of their intended long-term relationship of fair and open dealing and therefore would amount to a breach of their contract.'

Vervolgens bespreekt Dove J de bijzonderheden van het onderhavige contract die ertoe leiden dat een 'implied term', dat de contractpartijen bij de uitvoering van het contract 'would act with honesty and integrity', moet worden aangenomen. Ten eerste dat er sprake is van een duurovereenkomst voor een relatief lange duur (een 'relational contract'). Ten tweede dat D&G Cars namens de politie optrad jegens het publiek. Dit vereist dat de desbetreffende eigendommen (de voertuigen) door D&G Cars met 'honesty' en 'integrity' worden behandeld. Ten derde dat de eigendom waarover D&G Cars beschikte in voorkomende gevallen ook weer aan het publiek moet worden teruggegeven, hetgeen een zorgvuldige behandeling daarvan door D&G Cars vereist. Ten vierde dat sommige voertuigen onderwerp zijn van strafrechtelijk onderzoek en strafvervolging waarin zij een bewijsstuk kunnen zijn. Dit blijkt ook uit het contract waar het niet enkel gaat om het ophalen en de opslag van voertuigen, maar ook dat D&G Cars op haar terrein gelegenheid moet geven voor forensisch en strafrechtelijk onderzoek.

De conclusie van Justice Dove is dat D&G Cars de 'implied term of honesty and integrity' heeft geschonden en dat de politie om die reden het contract voor ontbonden mocht houden en D&G Cars mocht uitsluiten van de aanbesteding.

#### 2.13. *Myers v. Kestrel Acquisitions*<sup>21</sup>

Myers hebben hun aandelen in een target (Swift Advances Plc) verkocht aan Kestrel. Als deel van de koopprijs verstrekte Kestrel 'fixed rate loan notes' (de zogenaamde Vender Loan Notes, VLNs) aan Myers. Ter financiering had Kestrel verder 'loan notes' verstrekt aan haar inves-

20. *D&G Cars v. Essex Police Authority* [2015] EWHC 226.

21. *Myers v. Kestrel Acquisitions* [2015] EWHC 916.

teerders (de Discounted Loan Notes, DLNs). Kestrel heeft eenzijdig de voorwaarden van de VLN's (de VLN Instrument, VLNI) gewijzigd. Zo heeft zij de datum van terugbetaling verschoven van 2010 naar 2018 en zijn de notes achtergesteld ten opzichte van de uitgifte van verdere 'loan notes' door Kestrel. Het zal duidelijk zijn dat de financiële positie van Myers hierdoor ernstig kan worden benadeeld, omdat de VLN's door de eenzijdige wijzigingen van Kestrel waardeloos gemaakt kunnen worden. De VLNI stond Kestrel evenwel toe 'to make any modification' in de VLNI, indien hieraan een besluit van de VLN-houders ten grondslag lag, dan wel een eenzijdig besluit mits de wijziging in overeenstemming was met wijzigingen in de DLN. Myers beriep zich er onder meer op dat de bevoegdheid om de voorwaarden van de VLN te wijzigen onderworpen was aan een 'implied term' dat de wijziging 'in good faith' gedaan moest zijn en ten voordele van de houders van de VLN's en de DLN's (voor dit doel beschouwd als een klasse effecten).

Justice Blackburne heeft het beroep, dat de eenzijdige wijziging onderworpen was aan de goede trouw, verworpen. De tekst van de overeenkomst maakte wijziging zonder enige beperking mogelijk. Blackburne J (par. 40) haalt met instemming Andrews J in *Greenclouse v. National Westminster Bank* aan dat er geen algemeen leerstuk van goede trouw naar Engels contractenrecht bestaat en dat het niet waarschijnlijk is dat een dergelijke 'implied term' nodig is in een contract gesloten tussen twee 'sophisticated', gelijkwaardige commerciële partijen. Iedere partij mag haar eigen belangen najagen. Blackburne J (par. 62):

'(...) I find it very difficult indeed to see why Kestrel should itself be subject to any implied good faith (or similar) obligation towards the holders of the VLNs when deciding whether to initiate or agree to an amendment of the DLNI. Not the least of the reasons why, in my judgment, Kestrel should not be under any such obligation is that, at the end of the day, Kestrel and the holders of the VLNs are at arms' length with one another. Where a commercial party (here Kestrel) has a discretion which impinges directly on its own commercial and economic interests, exceptional circumstances are needed to imply a term requiring that party to subject those interests to those with whom it is dealing, not least when the instrument in which the term is to be implied is one where, as here, the terms are to be found in a detailed and professionally prepared commercial document.'

Een implied term dat de eenzijdige wijziging van het contract te goeder trouw moet geschieden, wordt daarom door Blackburne J niet aanvaard.

#### 214. *Portsmouth City Council v. Ensign Highways*<sup>22</sup>

De Portsmouth City Council (PCC) en Ensign sloten een 'private financing initiative' (PFI) contract in 2004. Ensign diende op grond van het contract de bestaande snelwegstructuur rond Portsmouth binnen vijf jaar op een zeker niveau te brengen (hetgeen haar £ 58 miljoen kostte) en daarna te onderhouden voor een periode van

20 jaar. Ensign ontving daarvoor een maandelijks bedrag minus de bedragen die PPC in aftrek bracht voor tekortschieten van Ensign. De bedragen die PPC in aftrek kon brengen hingen af van de toekenning van zekere 'service points' als door PPC neergelegd in het contract. PPC paste tot dusverre de 'service points' toe binnen een zekere marge, afhankelijk van de ernst van de tekortkoming. Vervolgens bleek uit onderzoek dat PPC, als gevolg van een terugloop in overheidsinkomsten, niet voldoende budget had om het contract in de toekomst na te leven (een bedrag van £ 140 miljoen). Kennelijk ingegeven door een externe adviseur kende PPC aan Ensign vervolgens standaard het maximum aan 'service points' toe per tekortkoming. Verder weigerde PPC aan Ensign nadere informatie te geven over het hoe en waarom van de toekenning van de 'service points' en verzamelde zij 'service points' teneinde de drempel voor beëindiging van het contract te kunnen bewerkstelligen.

De High Court oordeelde ten eerste (par. 92), dat een zekere expliciete bepaling in het contract dat partijen 'in good faith' moeten handelen geen betrekking had op het gehele contract (waaronder de toepassing van de 'service points').

Vervolgens was de vraag aan de orde welke 'implied duty of good faith' op PCC rustte bij de toepassing van het 'service-point'-systeem onder het contract. Beide partijen waren het erover eens dat er in ieder geval een soort van 'implied term' van toepassing is op de wijze waarop de 'service points' kunnen worden toegekend door PCC (par. 103).

PCC leunde zwaar op de zaak *Mid Essex* (besproken in par. 2.2). Ensign deed een beroep op *Yam Seng*, omdat het hier een langjarig contract betrof waarbij de partijen nauw dienden samen te werken (zie par. 85). In de zaak *Mid Essex* ging het eveneens om het toekennen van strafpunten door de opdrachtgever, die zouden kunnen leiden tot een korting op het maandelijks te betalen bedrag voor dienstverlening. De Court of Appeal oordeelde in de zaak *Mid Essex* dat er geen sprake was van een toekenning van strafpunten waaraan een zekere afweging ten grondslag ligt, maar om het wel of niet uitoefenen van een contractuele bevoegdheid zodat er geen ruimte is voor een 'implied term' om 'in good faith' de strafpunten toe te kennen. Het contract bepaalde simpelweg wanneer de strafpunten konden worden toegekend.

Justice Edwards-Stuart oordeelde evenwel in het voorliggende geval van *PCC v. Ensign* dat de bepaling om strafpunten toe te kennen wel een belangenafweging inhield (afhankelijk van de ernst van de tekortkoming). De zaak *Mid Essex* was daarom geen goed precedent (zie par. 111). Wel merkte de rechter eerder op (par. 81): '(...) a duty of good faith is not usually implied into commercial contracts under English law, save in certain particular types of contract (...)' Desalniettemin oordeelde Edwards-Stuart J dat een 'implied term' om de genoemde bevoegdheid te goeder trouw uit te voeren moet worden aanvaard, omdat partijen het daarover kennelijk eens

22. *Portsmouth City Council v. Ensign Highways Ltd* [2015] EWHC 1969 (TCC).



waren. De ‘implied term’ die Edwards-Stuart J in het contract besloten acht en die hij ontleent aan rechtspraak vermeld in de *Mid Essex*-zaak, luidt (par. 112): ‘When assessing the number of Service Points to be awarded under clause 24.2.1(c) of the Agreement, PCC’s Representative is to act honestly and on proper grounds and not in a manner that is arbitrary, irrational or capricious.’

215. *Yam Seng: eendagsvlieg of de zwaluw die zomer heeft gemaakt?*

Het belang van de zaak *Yam Seng* moet niet worden overdreven. Reeds in die zaak zelf is vooropgesteld dat er naar Engels contractenrecht geen algemeen, allesoverheersend beginsel van goede trouw geldt. Dat algemene uitgangspunt is in bijna alle uitspraken daarna met veel nadruk herhaald.<sup>23</sup> Het ongegeneerd nastreven van enkel het eigen belang, ten koste van de ander, is geoorloofd naar Engels recht.<sup>24</sup>

Voor toepassing van de goede trouw in het contractenrecht is volgens de zaak *Yam Seng* enkel plaats bij de uitvoering van het contract. Zo ook E. Peel, *Treitel on The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell 2015 (14e druk), par. 1-004 en 6-042. In de precontractuele fase, bij de uitleg van het contract en postcontractueel geldt de goede trouw niet.

Toepassing van de goede trouw bij de uitvoering van het contract is volgens *Yam Seng* bovendien niet aan de orde bij alle soorten van contracten, maar alleen als het gaat om een ‘relational contract’ (een duurovereenkomst voor een langere tijdsperiode), zoals een joint venture, franchiseovereenkomst of distributieovereenkomst.<sup>25</sup> Bij koopcontracten of eenmalige dienstverlening is voor de goede trouw als ‘implied term’ in beginsel geen plaats. Een ‘relational contract’ is een beperkte categorie contracten. Indien een contract geen langere termijn kent (bijvoorbeeld omdat partijen de overeenkomst te allen tijde op korte termijn mogen opzeggen) en indien partijen geen bijzondere investeringen hoeven te doen bij de (verdere) uitvoering van de overeenkomst, wordt geen ‘relational contract’ aangenomen.<sup>26</sup>

Indien een contract (ook een ‘relational contract’) is gesloten tussen professionele, gelijkwaardige commerciële partijen is er volgens de rechtspraak weinig aanleiding een ‘implied term’ aan te nemen dat de overeenkomst te goeder trouw moet worden uitgevoerd.<sup>27</sup> Dat klemt te

meer als de overeenkomst gedetailleerd is. In een dergelijk geval mag ervan worden uitgegaan dat het contract de volledige rechtsverhouding van partijen weergeeft (inclusief bewuste lacunes), zodat de overeenkomst geen leemte laat die aangevuld zou moeten worden met een ‘implied term’.<sup>28</sup>

Een expliciet, ongeclausuleerd contractueel keuzebeding is in beginsel niet onderworpen aan de eis dat het inroepen of uitoefenen daarvan te goeder trouw moet geschieden (tenzij het een keuzerecht betreft waaraan een zekere waardering ten grondslag ligt. In dat geval moeten ‘honesty, good faith and genuineness’ in acht worden genomen bij het maken van de keuze<sup>29</sup>).<sup>30</sup>

Uit de rechtspraak blijkt tevens dat indien expliciet wordt overeengekomen dat (een element of elementen van) een contract te goeder trouw moet(en) worden uitgevoerd, de reikwijdte van een dergelijk beding zeer beperkt wordt uitgelegd.<sup>31</sup> De goede trouw wordt ook dan weinig ruimte toegekend.

De inhoud van de goede trouw bij de uitvoering van een contract is naar Engels recht een objectieve test. In *Yam Seng* is geoordeeld dat het erom gaat of in de omstandigheden van het concrete geval het gedrag van een contractpartij door redelijke en eerlijke personen als commercieel onaanvaardbaar moet worden bestempeld. Deze test is in latere uitspraken gevolgd.<sup>32</sup>

De inhoud van de goede trouw heeft naar Engels recht een veel meer beperkte inhoud dan naar Nederlands recht. De goede trouw bij de uitvoering van een contract omvat volgens *Yam Seng* als ‘implied term’ vooral eerlijkheid (‘honesty’) en trouw (‘fidelity’) bij de contractuitvoering. In latere uitspraken zijn die – beperkte – gronden herhaald.<sup>33</sup> Het zijn tamelijke open deuren die reeds geldend recht waren voor de uitspraak in de zaak *Yam Seng* (aldus ook die beslissing zelf).

Nieuw aan de zaak *Yam Seng* is dat is aanvaard dat de goede trouw bij de uitvoering van sommige contracten (‘relational contracts’) onder bijzondere omstandigheden ook andere verplichtingen met zich kan brengen dan het in acht nemen van ‘honesty’ en ‘fidelity’. In het geval van *Yam Seng* betrof het een mededelingsplicht jegens de wederpartij bij de uitvoering van het contract. Zo ook de uitspraken *Bristol Groundschool* (geen materiaal van een

23. Zie *Mid Essex Hospital*, *TSG*, *Hamsard*, *Greenclose*, *Carewatch*, *Myers* en *PPC*.

24. Zie *Hamsard* en *Myers*.

25. Zo ook *Bristol Groundschool* en *D&G Cars*.

26. *Acer*.

27. *TSG*, *Greenclose* en *Myers*.

28. *Carewatch* en *Myers*. Naar Nederlands recht is om die reden ook bepleit dat in geval van een gedetailleerd commercieel contract, gesloten tussen commerciële partijen, de ruimte voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid klein zal zijn. Zie M.H. Wissink, in: T. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda’s Conclusies* (L. Strikwerda-bundel), Deventer: Kluwer 2011, nr. 25 en M.H. Wissink, in: *Contracteren* (Willem Grosheide Special), 2011, p. 24, en R.P.J.L. Tjittes, in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. (red.), *Middelen voor Meijer* (R.S. Meijer-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 396.

29. Zie onder meer *Rix LJ in Socimer International Bank v. Standard Bank London* [2008] EWCH 116. Zie ook *PCC*.

30. Zie *Mid Essex*, *TSG* en *Myers*.

31. Zie *Mid Essex Hospital* en *TSG*.

32. *Mid Essex Hospital* en *Bristol Groundschool*.

33. *Roadchef*, *Federal Mogul* en *D&G Cars*.

ander downloaden zonder toestemming) en Emirates Trading Agency (te goeder trouw overleg plegen). Dit zijn de enige uitspraken waarin onomwonden de nieuwe rechtsregel uit *Yam Seng* wordt omarmd. In zoverre is de navolging en uitbouw van *Yam Seng* betrekkelijk gering te noemen. De uitspraken waarin erop wordt gewezen dat het Engelse contractenrecht geen algemeen beginsel van uitvoering te goeder trouw kent en dat bij een commercieel contract veelal geen aanleiding is een 'implied term' om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren aan te nemen, zijn veruit in de meerderheid.

### 3. De beperkingen aan toepassing van de goede trouw naar Engels contractenrecht vergeleken met het Nederlandse contractenrecht

#### 3.1. Contractfase, soorten contracten, inhoud goede trouw

Naar Nederlands recht zijn de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 en 248 BW van toepassing op de onderhandelingsfase, de uitvoeringsfase en zelfs de fase na het einde van het contract. Naar Engels recht is de goede trouw alleen van toepassing op de uitvoeringsfase en niet op de onderhandelingsfase.

Anders dan naar Nederlands recht kent het Engelse contractenrecht niet de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ten hoogste geldt de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid; een 'implied term' om in 'good faith' een contract uit te voeren.

Naar Nederlands recht zijn de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 en 248 BW van toepassing op alle contracten, zowel op eenmalige koop- of dienstverleningscontracten als op duurovereenkomsten. In Engeland is de goede trouw alleen van toepassing bij de uitvoering van duurovereenkomsten die voor een langere tijd zijn aangegaan ('relational contracts') en niet bij 'one offs', zoals een koopovereenkomst.

Naar Nederlands recht moeten de redelijkheid en billijkheid objectief worden begrepen en kunnen zij een veelheid aan verplichtingen voor contractpartijen met zich brengen. Naar Engels recht is de goede trouw eveneens een objectief begrip, maar wordt de inhoud daarvan vrij beperkt uitgelegd. Open deuren, als dat 'honesty' en 'fidelity' in acht genomen moeten worden bij de uitvoering van de overeenkomst, worden aanvaard maar daarbuiten is het koud en donker. Slechts voorzichtig worden nieuwe toepassingen van de goede trouw als 'implied term' bij 'relational contracts' afgetast. De rechtsontwikkeling gaat, zoals gebruikelijk in Engeland waar het precedentenstelsel heerst, met muizenstapjes voorwaarts en soms weer terug.

Naar Nederlands recht brengen de redelijkheid en billijkheid met zich dat een contractpartij zich, in alle fasen van een contract, de kenbare belangen van de wederpartij moet aantrekken en niet alleen aan haar eigen belang mag denken.<sup>34</sup> Naar Engels contractenrecht mag als regel het eigen belang, ten koste van het belang van de wederpartij, worden nagestreefd.

#### 3.2. Beperking: de grondslag voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid

Naar Nederlands recht hebben we het maar eenvoudig met de toepassing van de redelijkheid en billijkheid op contracten. Het Burgerlijk Wetboek zegt simpelweg dat schuldeiser en schuldenaar bij een contract verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 BW), dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft maar ook die welke uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (art. 6:248 lid 1 BW) en dat een tussen hen krachtens rechtshandeling (zoals een overeenkomst) geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW). Het is de wet (het Burgerlijk Wetboek) die de redelijkheid en billijkheid van toepassing doet zijn op ieder contract in iedere fase daarvan.

Waar Engeland geen Burgerlijk Wetboek kent dat bepaalt dat redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn op een contractuele relatie, moet de grondslag voor een toepassing van de goede trouw gevonden worden in 'piecemeal solutions'.

Een eerste mogelijkheid is het opnemen van een expliciet beding in het contract dat partijen een (of meer aspecten van een) overeenkomst te goeder trouw moeten uitvoeren.<sup>35</sup> In de vorige paragraaf hebben we gezien dat Engelse rechters de reikwijdte van een dergelijk beding restrictief interpreteren.

Ten tweede kan een grondslag voor toepassing van de goede trouw in een contractrelatie worden gevonden in het aanvaarden van een 'implied term'. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt in 'terms implied by statute' en 'terms implied by fact' (ook wel 'terms implied by the courts' genoemd). In een enkel geval geeft een specifieke wettelijke bepaling voor specifieke contracten regels van aanvullend recht (zoals de Sale of Goods Act 1979 voor de koop van roerende zaken). Deze 'terms implied by statute' zijn uiterst beperkt, omdat er weinig wettelijke regelingen zijn die van toepassing zijn op contracten. De meest in aanmerking komende grondslag voor een mogelijke toepassing van de redelijkheid en billijkheid bij de uitvoering van een contract is een 'term implied by

34. Zie in de fase van de onderhandelingen over een contract HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005/467 (*CBB/JPO*), r.o. 3.6 en in de fase van de uitvoering van het contract HR 19 oktober 2007, *NJ* 2007/565 (*Vodafone/ECT*), r.o. 3.5.

35. Een overeenkomst om te goeder trouw te onderhandelen wordt als regel naar Engels recht als nietig beschouwd wegens onvoldoende bepaalbaarheid. Aldus *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, maar zie meer genuanceerd *Petromec v. Petroleo Brasileiro* [2004] EWHC 127 en *Emirate Trading Agency* (besproken in par. 2.9) en *Leggatt J* in *Knatchbull-Hugessen v. SisuCapital Ltd* [2014] EWHC 1194 (par. 23). Zie ook meer genuanceerd: E. Peel, 'Agreements to negotiate in good faith', in: A. Burrows & E. Peel (red.), *Contract formation and parties*, Oxford: 2010, p. 37 e.v.

fact'. Op grond van de specifieke omstandigheden van het concrete geval kan een rechter een impliciet contractbeding aannemen. De verplichting om te goeder trouw een contract uit te voeren kan zo'n 'implied term' zijn, zoals in alle in dit artikel besproken zaken is bepleit. Maar naar Engels recht wordt een 'implied term' niet spoedig door de rechter aanvaard. De grondslag voor toepassing van de goede trouw in een contractuele relatie is om die reden vrij smal.

Om een 'implied term' (om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren) aan te nemen, geldt naar Engels een aantal strikte toepassingsvereisten.<sup>36</sup> Ten eerste dat de overeenkomst een leemte moet bevatten. Of daarvan sprake is, moet door uitleg worden bepaald. Ten tweede is vereist dat het beslist noodzakelijk is dat die leemte wordt opgevuld (de eis van 'necessity').<sup>37</sup> Ten derde dat de 'implied term' voor de hand ligt. Ten vierde dat de 'implied term' met een voldoende mate van precisie kan worden omschreven. Ten vijfde mag de 'implied term' niet in tegenspraak zijn met een 'express term'.

De inhoud van een 'implied term' wordt vervolgens bepaald door de (objectieve) hypothetische partijbedoeling.<sup>38</sup> De 'presumed intentions of the parties'. Om die reden (dat een 'implied term' berust op de veronderstelde partijwil) wordt naar Engels recht aanvaard dat die toepassing niet alleen kan worden ingevuld door expliciete contractbedingen, maar ook contractueel kan worden uitgesloten.<sup>39</sup>

#### 4. Slotopmerkingen

Ondanks de fraaie uitspraak van Leggatt J in de zaak *Yam Seng*, dat het Engelse recht niet meer zo vijandig moet staan tegenover de goede trouw bij de uitvoering van een contract, staat nog steeds als een paal boven water dat het Engelse contractenrecht geen algemeen leerstuk van de goede trouw kent.

De beperkingen die gelden voor een concrete toepassing van de goede trouw in een contractuele relatie zijn legio. Zij betreft alleen de uitvoering van een contract. Zij ziet bovendien alleen op 'relational contracts' (duurovereenkomsten voor langere tijd). De inhoud van de goede trouw is ook zeer beperkt: open deuren als dat 'honesty' en 'fidelity' bij de uitvoering van de overeenkomst in acht genomen moeten worden, worden nog wel aanvaard, maar buiten de posten van die open deuren blijft het vrij koud en donker.

De toepassing van de goede trouw is bovendien niet eenvoudig, omdat daarvoor veelal een 'implied term' moet worden aangenomen. Dat wordt niet spoedig aanvaard. Zeker bij een gedetailleerd commercieel contract gesloten tussen commerciële partijen wordt meestal aangenomen dat het contract geen leemte kent die noodzakelijk door een 'implied term' opgevuld zou moeten worden.

Het gerommel en de worsteling in het Engelse contractenrecht met de goede trouw doen mij verzuchten dat wij het op het continent maar makkelijk hebben met onze Burgerlijke Wetboeken waarin eenvoudig wordt verordonneerd dat op contracten de redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn.

36. Zie *BP Refinery (Westernport) v. Shire of Hastings* [1978] 52 ALJR 20, en meer recent *Attorney General of Belize v. Belize Telecom Ltd* [2009] UKSC 10 en *Geys v. Societe Generale, London Branch* [2012] UKSC 63.

37. Lord Hofmann in *Attorney General of Belize v. Belize Telecom Ltd* [2009] UKSC 10 (par. 17): '(...) The most usual inference in such a case is that nothing is to happen. If the parties had intended something to happen, the instrument would have said so. Otherwise, the express provisions of the instrument are to continue to operate undisturbed. If the event has caused loss to one or other of the parties, the loss lies where it falls.'

38. *Yam Seng v. ITC* [2013] EWHC 111, 148. Zo ook par. 131: 'Nevertheless, there seems to me to be no difficulty, following the established methodology of English law for the implication of terms in fact, in implying such a duty [of good faith, RJT] in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties.'

39. Zie Leggatt J (par. 149) in *Yam Seng v. ITC*. Naar Nederlands recht wordt daar genuanceerder over gedacht, zie samengevat R.P.J.L. Tjittes, a.w. (R.S. Meijer-bundel), 2013, p. 400-402.