

NAI 3553

Scheidsgerecht:

- mr. F. Korthals Altes, Voorzitter, wonende te Rotterdam
- mr. A.H. van Delden, wonende te 's-Gravenhage
- prof. mr. A.S. Hartkamp, wonende te 's-Gravenhage

#### **ARBITRAAL EINDVONNIS**

inzake:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**ADIMEC HOLDING B.V.**, statutair gevestigd te Eindhoven;
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**ADIMEC ADVANCED IMAGE SYSTEMS B.V.**, statutair gevestigd te Eindhoven;
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**AIRCRAFT DEVELOPMENT AND SYSTEMS ENGINEERING (ADSE) B.V.**,  
statutair gevestigd te Hoofddorp;
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**AERONAMIC B.V.**, statutair gevestigd te Almelo;
5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**AIRBORNE COMPOSITES B.V.**, statutair gevestigd te 's-Gravenhage;
6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**AIRBORNE INTERNATIONAL B.V.**, statutair gevestigd te 's-Gravenhage;
7. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**AOES GROUP B.V.**, statutair gevestigd te Leiden;
8. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**ASKOVÉ KUNSTSTOF INDUSTRIE B.V.**, statutair gevestigd te Heeswijk  
Dinther;
9. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**ATKINS B.V.**, tevens handelende onder de naam Atkins Nedtech, statutair gevestigd  
te Amsterdam;
10. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**AXXIFLEX TURBINE TOOLS B.V.**, statutair gevestigd te Tilburg;
11. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**BOSCH REXROTH B.V.**, statutair gevestigd te Bostel;
12. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**BRADFORD ENGINEERING B.V.**, statutair gevestigd te Putte;

13. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
BRANDT FIJNMECHANISCHE INDUSTRIE B.V., statutair gevestigd te Amsterdam;
14. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
CUSTERS HYDRAULICA B.V., statutair gevestigd te Venray;
15. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
DAEDALUS PROJECTS EN TRADE B.V., statutair gevestigd te Tilburg;
16. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
DUTCH SPACE B.V., statutair gevestigd te Leiden;
17. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
DUTCHAERO B.V., statutair gevestigd te Eindhoven;
18. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
EGMOND PLASTIC B.V., statutair gevestigd te Alkmaar;
19. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
ELDIM B.V., statutair gevestigd te Arcen, (gemeente Archen en Velden);
20. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
EONIC B.V., statutair gevestigd te Delft;
21. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
FOKKER AEROSPACE B.V., statutair gevestigd te Amsterdam;
22. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
GENIUS KLINKENBERG INTERNATIONAL B.V., statutair gevestigd te Zeist;
23. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
HANKAMP GEARS B.V., statutair gevestigd te Enschede;
24. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
HELL-ONE COMPONENTS B.V., statutair gevestigd te Zevenaar;
25. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
HIGH VOLTAGE POTTING AND COATING B.V., statutair gevestigd te Hengelo;
26. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
ITB PRECISIETECHNIEK HOLDING B.V., statutair gevestigd te Boxtel;
27. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
JTAG TECHNOLOGIES B.V., statutair gevestigd te Eindhoven;
28. de naamloze vennootschap  
KONINKLIJKE LUCHTVAART MAATSCHAPPIJ N.V.,  
tevens handelende onder de naam KLM Royal Dutch Airlines, statutair gevestigd te Amstelveen;

29. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**LAMERS HIGH TECH SYSTEMS B.V.**, statutair gevestigd te Nijmegen;
30. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**MARVABA BEHEER B.V.**,voorheen genaamd iCtrl B.V., statutair gevestigd te  
Gilze en Rijen;
31. de vennootschap onder firma  
**MICROTECHNIEK V.O.F.**, statutair gevestigd te Beverwijk;
32. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**MOOG B.V.**,voorheen genaamd Moog FCS BV, statutair gevestigd te  
Nieuw-Vennep;
33. de naamloze vennootschap  
**NEWAYS ELECTRONICS INTERNATIONAL N.V.**, statutair gevestigd te  
Eindhoven;
34. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**PENTACON ENGINEERING B.V.**, statutair gevestigd te Katwijk aan den Rijn;
35. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**RECTICEL HOLDING NOORD B.V.**, statutair gevestigd te Kesteren;
36. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**RECTICEL B.V.**, tevens handelende onder de naam Recticel, Business Unit  
Technical Foams, statutair gevestigd te Kesteren;
37. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**SENIOR AEROSPACE BOSMAN B.V.**, statutair gevestigd te Rotterdam;
38. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**STEPCO MANAGEMENT B.V.**, statutair gevestigd te Thorn;
39. de stichting  
**STICHTING NATIONAAL LUCHT- EN RUIMTEVAARTLABORATORIUM**,  
statutair gevestigd te Amsterdam;
40. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**STORK B.V.**, statutair gevestigd te Amsterdam;
41. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**STORK FOKKER AESP B.V.**, statutair gevestigd te Papendrecht;
42. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**STORK POWER SERVICES B.V.**, statutair gevestigd te Amsterdam;
43. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**STORK SP AEROSPACE B.V.**, statutair gevestigd te Rotterdam;
44. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**SUN TEST SYSTEMS B.V.**, statutair gevestigd te Weesp;

45. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
SURFACE TREATMENT NEDERLAND B.V., statutair gevestigd te Maasbracht;
46. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
TECNOVIA PSM B.V., statutair gevestigd te Hengelo;
47. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
TECNOVIA VAN DEN AKKER B.V., statutair gevestigd te Hengelo;
48. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
TERMA B.V., statutair gevestigd te Baarlo (gem. Maasbree);
49. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
THALES NEDERLAND B.V., statutair gevestigd te Hengelo;
50. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
THE EAGLE COMPLIANCE COMPANY B.V., statutair gevestigd te Benschop  
(gem. Lopik);
51. de vennootschap onder firma  
UITGEEST MECHANISCHE INDUSTRIE V.O.F., kantoorhoudende te Uitgeest;
52. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
UITGEEST MECHANISCHE INDUSTRIE B.V., statutair gevestigd te Uitgeest;
53. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
VARIASS SYSTEMS B.V., statutair gevestigd te Veendam;
54. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
VARIASS ELECTRONICS B.V., statutair gevestigd te Veendam, en
55. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
VISIONWAVES AVIATION & DEFENCE CONSULTING B.V., statutair  
gevestigd te Nieuw-Vennep,

eiseressen, hierna gezamenlijk – in enkelvoud – te noemen  
“de Luchtvaartindustrie”,

vertegenwoordigd door de gemachtigden:

prof. mr. A.I.M. van Mierlo en mr. G.J. Meijer, beiden te Rotterdam

en

de publiekrechtelijke rechtspersoon  
DE STAAT DER NEDERLANDEN,  
(Ministerie van Economische Zaken)  
zetelende te 's-Gravenhage

verweerder, hierna te noemen “de Staat”,

vertegenwoordigd door de gemachtigden:

mr. J.L.A. Nicolai en mr. M.R. Birnage, beiden te 's-Gravenhage

1. **Verloop van het geding na de nederlegging van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis van 25 juni 2009**

1.1 Onder dagtekening van 25 juni 2009 heeft het Scheidsgerecht in het tussen partijen aanhangige arbitraal geding een gedeeltelijk arbitraal eindvonnis (hierna ook: het "gedeeltelijk arbitraal eindvonnis") gewezen, dat door tussenkomst van het NAI op 26 juni 2009 onder nummer 2009/75 is neergelegd ter griffie van de Rechtbank te 's-Gravenhage en waarvan de inhoud als hier herhaald en ingelast wordt beschouwd.

1.2 Voor de benoeming van de leden van het Scheidsgerecht en de weergave van de vordering verwijst het Scheidsgerecht naar het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis. In het onderhavige vonnis hebben de gebezigde begrippen en afkortingen dezelfde betekenis als in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis.

1.3 In het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis heeft het Scheidsgerecht in r.o. 7.1 onder meer beslist:

"Op grond van het vorenstaande beslist het Scheidsgerecht, onder verwijzing naar artikel 45 lid 1 van het NAI Arbitrage Reglement en beslissende naar de regelen des rechts, als volgt:

(a.) het Scheidsgerecht stelt het Tekort (als gedefinieerd in de MFO) vast op EUR 157,1 miljoen;

(b.) het Scheidsgerecht stelt de Luchtvaartindustrie en de Staat in de gelegenheid om door tussenkomst van het Nederlands Instituut voor Vliegtuigontwikkeling en Ruimtevaart (NIVR) binnen zes weken na de dag van dagtekening van dit vonnis door overleg tot overeenstemming te komen over de Omzet uit Participatie, waaronder het Scheidsgerecht verstaat Omzet uit op 1 juli 2008 gesloten of redelijkerwijze te verwachten overeenkomsten als bedoeld in artikel 2.1 en 2.2 MFO, waarbij de Omzet uit gesloten of redelijkerwijs te verwachten overeenkomsten als bedoeld in artikel 2.1 MFO met betrekking tot materieel, wordt berekend ingevolge het bepaalde in Bijlage 1 MFO en waarbij voor de Omzet als bedoeld in artikel 2.2 MFO in aanmerking moet worden genomen de uitvoering van overeenkomsten tussen de Luchtvaartindustrie alsmede haar Groepsmaatschappijen ter uitvoering van de Supportfase van het JSF-programma ten behoeve van Koninklijke Luchtmacht; bij gebreke van overeenstemming binnen genoemde termijn zal het Scheidsgerecht nader beslissen omtrent een ter zake van de Omzet uit Participatie uit te brengen deskundigenbericht.

(c.) het Scheidsgerecht veroordeelt de Staat om binnen een week nadat partijen ingevolge het hierboven onder (b.) bepaalde tot overeenstemming zijn gekomen omtrent de Omzet uit Participatie (...) het Percentage opnieuw te berekenen en die berekening aan de Luchtvaartindustrie en het Scheidsgerecht te doen toekomen;

(d.) houdt iedere verdere beslissing omtrent de voorgaande punten (b.) en (c.) aan;"

1.4 Op 8 juli 2009 heeft het NAI overeenkomstig de artikelen 52 lid 3 en 53 lid 2 van

het NAI Arbitrage Reglement een exemplaar van een verzoek van de Luchtvaartindustrie van 7 juli 2009 tot herstel van een kennelijke rekenfout dan wel tot aanvulling van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis aan het Scheidsgerecht toegezonden. Het Scheidsgerecht heeft de Staat in de gelegenheid gesteld tot uiterlijk 25 juli 2009 op dit verzoek schriftelijk te reageren.

- 1.5 Bij brief van 23 juli 2009 heeft de Luchtvaartindustrie aan het NAI bericht dat zij haar verzoek tot herstel van een kennelijke rekenfout dan wel tot aanvulling van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis als resultaat van overleg tussen de Luchtvaartindustrie en de Staat introk, waarbij partijen zijn overeengekomen dat elk van partijen de aan de indiening van het verzoek verbonden kosten zelf draagt en dat eventuele kosten van het Scheidsgerecht voor rekening zijn van de Luchtvaartindustrie.
- 1.6 Bij e-mail van 4 augustus 2009 17:32 uur heeft de advocaat van de Staat namens partijen het eenparig verzoek gedaan de termijn als genoemd in r.o. 7.1 onder (b.) van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis (welke termijn op 6 augustus 2009 zou verlopen) te stellen op 1 september 2009.
- 1.7 Het Scheidsgerecht heeft dit verzoek bij e-mail van 4 augustus 2009 17:50 uur ingewilligd.
- 1.8 Bij e-mail van 26 augustus 2009 11:20 uur heeft de advocaat van de Staat aan het Scheidsgerecht bericht dat, naar aanleiding van de navolgende overwegingen in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis, te weten r.o. 5.6.9 ("*(...) Het Scheidsgerecht herhaalt dat beide Partijen in nader overleg een uiterste poging in het werk zouden moeten stellen om te komen tot een Private Bijdrage en een Percentage waarbij de voorfinanciering van de Staat zoveel mogelijk wordt afgelost, (...)*") en 5.5.20 ("*(...) Bij het voeren van onderhandelingen zal de Luchtvaartindustrie moeten beseffen dat, nu er een gedeeltelijk eindvonnis is, uitsluitend de Staat, onderscheidenlijk zijn uitvoerende organen zelf met inachtneming van alle relevante factoren, waaronder in het bijzonder de politieke verhoudingen en standpunten in de Staten Generaal, de beleidsruimte moeten bepalen, waarbinnen overeenstemming kan worden bereikt.*") bij de Staat de vraag was gerezen of het Scheidsgerecht van mening is dat genoemde "uiterste poging" zou moeten plaatsvinden voordat het Scheidsgerecht eindvonnis wijst of nadat het Scheidsgerecht, op basis van de herziene Omzet en het daarbij horende Percentage, eindvonnis wijst en dat hij deze vraag met goedvinden van de advocaat van de Luchtvaartindustrie aan het Scheidsgerecht ter beantwoording voorlegt.
- 1.9 Bij brief van 28 augustus 2009 heeft de Luchtvaartindustrie op de door de Staat aan het Scheidsgerecht voorgelegde vraag gereageerd, waarna de Staat daarop weer heeft gereageerd met een e-mail van 31 augustus 2009 12:42 uur.
- 1.10 Vervolgens heeft het Scheidsgerecht bij e-mail van 31 augustus 2009 14:24 uur aan partijen laten weten dat het zo spoedig mogelijk schriftelijk zou antwoorden op de door de Staat aan hem voorgelegde vraag en dat het zich daarbij tevens zou uitlaten

over de einddatum van de in r.o. 7.1 onder (b.) van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis genoemde termijn (die eerder conform verzoek van partijen op 1 september 2009 werd gesteld), en de daarmee samenhangende termijn in r.o. 7.1 onder (c.) van hetzelfde vonnis.

- 1.11 Daarna heeft de Luchtvaartindustrie bij e-mail van 31 augustus 2009 16:38 uur gereageerd op de e-mail van 31 augustus 2009 12:41 uur namens de Staat.
- 1.12 Alvorens het Scheidsgerecht had beslist over het antwoord op de door de Staat voorgelegde vraag en zich had uitgelaten over de einddatum van de in r.o. 7.1 onder (b.) van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis genoemde termijn (die eerder conform verzoek van partijen op 1 september 2009 werd gesteld), en de daarmee samenhangende termijn in r.o. 7.1 onder (c.) van hetzelfde vonnis, zond de advocaat van de Staat op 1 september 2009 17:01 uur een e-mail van de navolgende inhoud:

“Overeenkomstig het vonnis van 25 juni 2009, aangevuld met uw e-mailbericht van 4 augustus 2009, bericht ik u hierbij namens de Staat dat de Omzet uit Participatie op verzoek van de Staat en de Luchtvaartindustrie door het NIVR is herberekend. De herberekende Omzet uit Participatie bedraagt € 3.496.909.015 (bedrag in prijspeil 2001, gediscoteerd, in Euro).”

De Staat heeft daarbij vermeld dat Luchtvaartindustrie hem heeft laten weten het met deze berekening eens te zijn.

- 1.13 Op 2 september 2009 heeft de Luchtvaartindustrie bij e-mail van 18:35 uur onder meer doen weten dat tussen partijen overeenstemming bestaat over de Omzet uit Participatie, maar dat, zoals zij reeds op 28 augustus 2009 had doen weten, de Omzet uit Participatie naar haar mening niet los gezien kan worden van het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie.
- 1.14 Daarop heeft de Staat weer gereageerd met een e-mail van 3 september 2009 13:53 uur, waarin hij onder andere meedeelt dat tussen de Staat en de Luchtvaartindustrie overleg plaatsvindt en dat daarin ook de verdiencapaciteit aan de orde is gesteld, maar dat dat geen reden is om de procedure aan te houden. De enige grond voor aanhouding van de procedure zou kunnen zijn dat het Scheidsgerecht van mening zou blijken te zijn dat de in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis onder 5.6.9 genoemde “uiterste poging” zou moeten plaatsvinden voordat het Scheidsgerecht eindvonnis wijst. Voorts neemt de Staat in dat bericht het standpunt in dat de procedure door een eindvonnis een einde kan nemen, zodra de Staat overeenkomstig r.o. 7.1 onder (c.) van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis de berekening van het Percentage aan het Scheidsgerecht heeft doen toekomen, omdat in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis al het meer of anders gevorderde is afgewezen en de verdiencapaciteit van de Luchtvaartindustrie in die procedure geen rol meer speelt.
- 1.15 Het Scheidsgerecht heeft de vraag die de Staat op 26 augustus 2009 aan hem had voorgelegd, beantwoord met zijn Procedurele Order no. 2 van 4 september 2009, die op 4 september 2009 om 10:13 uur per e-mail aan partijen is toegezonden en waarin

het antwoord aldus is geformuleerd:

“(…) eerst nadat de Staat het Percentage aan de hand van het door het Scheidsgerecht vastgestelde Tekort en een door partijen of het Scheidsgerecht met inachtneming van het daaromtrent in de rechtsoverwegingen 5.2.65 en 5.2.66 vastgestelde Omzet uit Participatie ingevolge onderdeel (c) van het dictum van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis van 25 juni 2009 opnieuw heeft berekend en die berekening aan de Luchtvaartindustrie en het Scheidsgerecht heeft doen toekomen, (kan) door de Luchtvaartindustrie (...) worden beoordeeld of, zoals zij in onderdeel 7.3.6 MvE heeft aangevoerd, JSF-orders voor de Luchtvaartindustrie, gezien de verdien capaciteit van de Luchtvaartindustrie, niet langer rendabel of verliesgevend zijn. Het zijn de partijen zelf, die beslissen of, en zo ja wanneer, zij al dan niet gezamenlijk aan het Scheidsgerecht om vonnis vragen.”

- 1.16 Bij e-mail van 8 september 2009 16:05 uur heeft de advocaat van de Staat, onder bijvoeging van een bijlage met de berekening, meegedeeld dat het Percentage met inachtneming van de in overeenstemming met r.o. 7.1 sub (b.) vastgestelde Omzet uit Participatie 4,49% bedraagt.
- 1.17 Bij brief van 9 september 2009 heeft de Luchtvaartindustrie naar aanleiding van het onder r.o. 1.16 genoemde bericht van de Staat aan het NAI bericht (onder toezending van een kopie aan de Staat en aan de secretaris van het Scheidsgerecht) dat op grond van r.o. 5.5.29, 5.5.20 en 5.6.9 van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis de praktische haalbaarheid van de Private Bijdrage in het licht van het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie nog onderwerp van debat was en dat de hoogte van het Percentage van 4,49% ver verwijderd is van hetgeen voor de Luchtvaartindustrie, gelet op haar verdienvermogen, praktisch haalbaar is.
- 1.18 Bij e-mail van 16 september 2009 8:52 uur heeft de Staat bericht dat hij op de brief van 9 september 2009 op 21 september 2009 zou reageren, welke termijn de Staat bij e-mail van 21 september 2009 17:31 uur heeft verlengd tot 5 oktober 2009.
- 1.19 Bij brief van 25 september 2009 heeft de Luchtvaartindustrie onder andere bericht dat het overleg tussen partijen over de praktische haalbaarheid van de Private Bijdrage en het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie zich in een vergevorderd stadium bevindt en dat de Luchtvaartindustrie die dag een dagvaarding zou doen uitbrengen ter veiligstelling van de in artikel 1064 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering genoemde termijn van drie maanden na nederlegging van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis.
- 1.20 Het Scheidsgerecht heeft deze mededelingen voor kennisgeving aangenomen.
- 1.21 Op 28 september 2009 heeft de Luchtvaartindustrie in een brief aan het Scheidsgerecht medegedeeld dat de Staat de Luchtvaartindustrie eerder die dag had bericht dat hij geen formele afronding van het onderlinge overleg wenst. De Luchtvaartindustrie heeft hieraan onder meer toegevoegd dat zij onder verwijzing naar haar eerdere brieven van 9 en 25 september 2009 meent dat partijen het debat over het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie en de praktische haalbaarheid



- van de Private Bijdrage ten overstaan van het Scheidsgerecht tot een afronding moeten brengen, teneinde duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de MFO haar doel voorbijschiet bij handhaving van het door de Staat herberekende Percentage van 4,49%. Bij deze brief was als bijlage gevoegd een rapport van Booz & Company, genaamd *Aerospace Industry Profitability In relation to the Dutch JSF business case*, van 24 september 2009, welk rapport een uittreksel/*management summary* is van eerder beoordeelde gedetailleerde uitkomsten en achtergrondgegevens.
- 1.22 Het Scheidsgerecht heeft hierop bij e-mail van 29 september 2009 13:34 uur, onder verwijzing naar de tussen 4 en 28 september gevoerde correspondentie, aan partijen bericht dat het de tegen 5 oktober 2009 toegezegde reactie van de Staat afwachte alvorens een standpunt te bepalen en kenbaar te maken over het verzoek van de Luchtvaartindustrie als neergelegd in de brief van de Luchtvaartindustrie van 28 september jl. Tevens verzocht het Scheidsgerecht de Staat in de tegen 5 oktober 2009 toegezegde reactie ook te reageren op het verzoek van de Luchtvaartindustrie van 28 september 2009 om het debat over het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie en de praktische haalbaarheid van de Private Bijdrage ten overstaan van het Scheidsgerecht tot een afronding te brengen, teneinde duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de MFO haar doel voorbijschiet bij handhaving van het door de Staat herberekende Percentage van 4,49%.
- 1.23 Bij e-mail van 2 oktober 2009 19:38 uur heeft de Luchtvaartindustrie een brief aan het Scheidsgerecht gezonden met als bijlage kopie van een brief van PA Consulting Group van 30 september 2009 aan het Ministerie van Economische Zaken betreffende validatie van het rapport *Aerospace Industry Profitability In relation to the Dutch JSF business case*.
- 1.24 Op 8 oktober 2009 heeft de Staat bij e-mail van 19:05 uur bericht dat, anders dan de indruk die wordt gewekt door de brief van de Luchtvaartindustrie van 2 oktober 2009, uit het feit dat de Staat door PA Consulting Group het rapport *Aerospace Industry Profitability In relation to the Dutch JSF business case* onafhankelijk heeft doen valideren, niet mag worden afgeleid dat sprake is van overeenstemming tussen partijen.
- 1.25 Op 5 oktober om 18:14 uur heeft de Staat aan het Scheidsgerecht bericht:  
"De Staat refereert zich aan het oordeel van het Scheidsgerecht met betrekking tot het verzoek van de Luchtvaartindustrie van 28 september 2009."
- 1.26 Het Scheidsgerecht heeft vervolgens besloten zich over de ontstane situatie, de standpunten van partijen en de verdere procesgang te beraden en heeft partijen daarvan bij e-mail van 12 oktober 2009 11:08 uur in kennis gesteld met het verzoek hun verhinderingsdata in de periode november en december 2009 op te geven, opdat het Scheidsgerecht een datum en tijdstip van een eventuele voortgezette mondelinge behandeling kon vaststellen, indien en voor zover het Scheidsgerecht tot een dergelijke voortzetting zou besluiten. Vervolgens is die eventuele voortgezette

mondelinge behandeling bepaald op 17 november 2009.

- 1.27 Op 23 oktober 2009 heeft het Scheidsgerecht besloten tot het uitvaardigen van een Procedurele Order no. 3, waarvan de materiële inhoud luidt als volgt:

“De Luchtvaartindustrie vraagt heropening van de zitting over onderdeel 7.3.7 MvE – onverkorte toepassing van artikel 3.3 MFO leidt ertoe dat aan het doel van de MFO wordt voorbijgeschoten – op grond van de ten opzichte van de zitting van 14 en 15 mei 2009 gewijzigde omstandigheid dat zij inmiddels, anders dan zij tijdens die zitting voorzag, beschikt over een deskundigenbericht van Booz & Company van 24 september 2009 (*Aerospace Industry Profitability In relation to the Dutch JSF business case*) aangaande de verdien capaciteit van de Luchtvaartindustrie, alsmede over een op verzoek van de Staat door PA Consulting Group op 30 september 2009 uitgebrachte validatie van dit deskundigenbericht.

De Staat heeft zich bij e-mail van 5 oktober 2009 betreffende het verzoek van de Luchtvaartindustrie om heropening van de zitting ter presentatie van en toelichting op voormeld deskundigenbericht van Booz & Company gerefereerd aan het oordeel van het Scheidsgerecht. Het Scheidsgerecht leidt hieruit vooralsnog af dat beide partijen aan het Scheidsgerecht vragen op grond van nadere gegevens van de zijde van de Luchtvaartindustrie en het daaromtrent door de Staat nader te bepalen standpunt, alsnog uitspraak te doen over de vraag of onverkorte toepassing van artikel 3.3 MFO ertoe leidt dat aan het doel van de MFO wordt voorbijgeschoten, in verband waarmee naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid het Percentage lager moet worden vastgesteld dan voortvloeit uit de berekening van de Staat op grond van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis van 27 juni 2009.

Het Scheidsgerecht acht van beide partijen een verklaring nodig dat zij op dit punt van het Scheidsgerecht in het aanhangige geding uitspraak verlangen.

Het Scheidsgerecht bepaalt de heropening van de zitting op 17 november 2009, om 14.00 uur ten kantore van het NAI te Rotterdam, en dat de gevraagde verklaringen uiterlijk alsdan in het geding zullen worden gebracht.

Het Scheidsgerecht bepaalt voorts dat de Luchtvaartindustrie ervoor zorg draagt dat de uiteenzetting als bedoeld in de e-mail van 21 oktober 2009 op uiterlijk 4 november 2009 in het bezit is van het Scheidsgerecht en van de Staat, alsmede dat de Staat ervoor zorg draagt dat zijn eventuele reactie met eventuele producties uiterlijk op 13 november 2009 in het bezit is van het Scheidsgerecht en van de Luchtvaartindustrie.”

- 1.28 Bij brief van 3 november 2009, toegezonden per e-mail van dezelfde datum 17:25 uur, heeft de Staat met verwijzing naar de Procedurele Order no. 3 bericht dat de Staat geen uitspraak op dit punt in het aanhangige geding verlangt en er dus niet mee instemt dat alsnog uitspraak wordt gedaan over de in de order aangeduide vraag alsmede dat in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis op dit punt reeds een eindbeslissing was gegeven.

- 1.29 Op grond van deze verklaring heeft het Scheidsgerecht op 3 november 2009 om 23:01 uur Procedurele Order no. 4 aan partijen toegezonden met de navolgende inhoud:
- “Nu de Staat niet de in de derde procedurele order van het Scheidsgerecht genoemde verklaring geeft, concludeert het Scheidsgerecht dat daarmee de zin voor een nadere uitwisseling van standpunten en stukken vervalst en dat de zitting van 17 november 2009 geen doorgang zal vinden.  
Het Scheidsgerecht zal, behoudens tegenbericht van zowel de Luchtvaartindustrie als de Staat op uiterlijk 11 november 2009, overgaan tot het wijzen van (eind)vonnissen, ingevolge sub (d.) van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis van 25 juni 2009.”
- 1.30 Vervolgens heeft de Luchtvaartindustrie bij brief van 6 november 2009 aan het Scheidsgerecht medegedeeld met verbazing van de Procedurele Order no. 4 te hebben kennisgenomen en dat het haar uit het oogpunt van hoor en wederhoor onjuist voorkomt dat het Scheidsgerecht haar niet in de gelegenheid heeft gesteld te reageren op de brief van de Staat van 3 november 2009 (genoemd in r.o. 1.28) voordat de Procedurele Order no. 4 is uitgevaardigd. De Luchtvaartindustrie voert verder aan dat de in Procedurele Order no. 3 gevraagde verklaring van partijen onnodig was, de praktische haalbaarheid van de Private Bijdrage niet definitief was afgedaan, dat het Scheidsgerecht had kunnen en moeten terugkomen op de eindbeslissing in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis ter zake van de praktische haalbaarheid van de Private Bijdrage en dat het handelen van de Staat is strijd is met de processuele goede trouw, met als conclusie dat het Scheidsgerecht in het in Procedurele Order no. 4 aangekondigde eindvonnis nader aandacht zal geven aan de door de Luchtvaartindustrie aangevoerde argumenten over de procedurele gang van zaken bij de totstandkoming van Procedurele Order no.4, zulks met vaststelling van een Percentage dat recht doet aan het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie in het licht van het doel van de MFO, dan wel met vaststelling van de door partijen in acht te nemen grenzen bij de nadere door de Staat toegezegde onderhandelingen over de hoogte van de Private Bijdrage, met veroordeling van de Staat in de kosten van de Luchtvaartindustrie verband houdende met de opstelling van het rapport van Booz & Company en het door de Luchtvaartindustrie reeds voorbereide *skeleton of arguments*.
- 1.31 De Staat heeft daarop geantwoord met een brief van 10 november 2009, waarin hij het standpunt inneemt dat het Scheidsgerecht in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis op alle door de Luchtvaartindustrie aangevoerde punten een eindbeslissing heeft gegeven met uitzondering van de hoogte van de Omzet uit Participatie en de daaruit (en uit het vastgestelde Tekort) resulterende hoogte van het Percentage, dat de eindbeslissing zich ook uitstrekt over het beroep van de Luchtvaartindustrie op gebrek aan draagkracht, dat er geen bijzondere omstandigheden zijn die een uitzondering rechtvaardigen op de regel dat het de rechter of arbiter niet is toegestaan terug te komen op een in een tussenvonnis uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing en dat er geen sprake is geweest van schending van

het beginsel van hoor en wederhoor. De Staat verzet zich tegen de door de Luchtvaartindustrie gevraagde kostenveroordeling en concludeert dat het Scheidsgerecht eindvonnis kan wijzen overeenkomstig de onderdelen (b.), (c.) en (d.) van r.o. 7.1 van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis.

## **2 Beoordeling**

### **2.1 Het verzoek tot herstel van een kennelijke rekenfout dan wel tot aanvulling van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis**

2.1.1 De Luchtvaartindustrie heeft op 8 juli 2009 een verzoek tot herstel van een kennelijke rekenfout dan wel tot aanvulling van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis ingediend.

2.1.2 De Luchtvaartindustrie heeft dit verzoek bij brief van 23 juli 2009 ingetrokken onder mededeling dat partijen zijn overeengekomen dat elk van partijen de aan de indiening van het verzoek verbonden kosten zelf draagt en dat eventuele kosten van het Scheidsgerecht voor rekening zijn van de Luchtvaartindustrie.

2.1.3 Het verzoek is door de intrekking afgedaan en het Scheidsgerecht beslist ten aanzien van de kosten overeenkomstig hetgeen partijen te dien aanzien zijn overeengekomen.

### **2.2 De vraag van de Staat om uitleg van een passage uit het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis**

2.2.1 De Staat heeft bij e-mail van 26 augustus 2009 11:20 uur (zie r.o. 1.8) met goedvinden van de Luchtvaartindustrie de vraag gesteld of de in r.o. 5.6.9 van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis genoemde uiterste poging om te komen tot een Private Bijdrage en een Percentage waarbij de voorfinanciering van de Staat zoveel mogelijk wordt afgelost, zou moeten plaatsvinden voordat het Scheidsgerecht eindvonnis wijst of nadat het Scheidsgerecht, op basis van de herziene Omzet en het daarbij horende Percentage, eindvonnis wijst.

2.2.2 Het Scheidsgerecht heeft deze vraag in zijn Procedurele Order no. 2, in lijn met de in r.o. 5.5.16 voorkomende passage "Op het tijdstip van dit vonnis is ook nog niet duidelijk hoe groot de Private Bijdrage en het Percentage zijn na herberekening van de Omzet met inachtneming van de beslissingen van het Scheidsgerecht", aldus beantwoord:

"(...) eerst nadat de Staat het Percentage aan de hand van het door het Scheidsgerecht vastgestelde Tekort en een door partijen of het Scheidsgerecht met inachtneming van het daaromtrent in de rechtsoverwegingen 5.2.65 en 5.2.66 vastgestelde Omzet uit Participatie ingevolge onderdeel (c) van het dictum van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis van 25 juni 2009 opnieuw heeft berekend en die berekening aan de Luchtvaartindustrie en het Scheidsgerecht heeft doen toekomen, (kan) door de Luchtvaartindustrie (...) worden beoordeeld of, zoals zij in onderdeel 7.3.6 MvE heeft aangevoerd, JSF-orders voor de Luchtvaartindustrie, gezien de verdien capaciteit van de Luchtvaartindustrie, niet langer rendabel of verliesgevend zijn. Het zijn

de partijen zelf, die beslissen of, en zo ja wanneer, zij al dan niet gezamenlijk aan het Scheidsgerecht om vonnis vragen.”

2.2.3 Met deze beantwoording is deze vraag afgedaan.

### 2.3 De vaststelling van de Omzet uit Participatie

2.3.1 In zijn gedeeltelijk arbitraal eindvonnis heeft het Scheidsgerecht in r.o. 7.1 onder (a.), (b.), (c.) en (d.) beslist:

- “(a.) het Scheidsgerecht stelt het Tekort (als gedefinieerd in de MFO) vast op EUR 157,1 miljoen;
- (b.) het Scheidsgerecht stelt de Luchtvaartindustrie en de Staat in de gelegenheid om door tussenkomst van het Nederlands Instituut voor Vliegtuigontwikkeling en Ruimtevaart (NIVR) binnen zes weken na de dag van dagtekening van dit vonnis door overleg tot overeenstemming te komen over de Omzet uit Participatie, waaronder het Scheidsgerecht verstaat Omzet uit op 1 juli 2008 gesloten of redelijkerwijze te verwachten overeenkomsten als bedoeld in artikel 2.1 en 2.2 MFO, waarbij de Omzet uit gesloten of redelijkerwijs te verwachten overeenkomsten als bedoeld in artikel 2.1 MFO met betrekking tot materieel, wordt berekend ingevolge het bepaalde in Bijlage 1 MFO en waarbij voor de Omzet als bedoeld in artikel 2.2 MFO in aanmerking moet worden genomen de uitvoering van overeenkomsten tussen de Luchtvaartindustrie alsmede haar Groepsmaatschappijen ter uitvoering van de Supportfase van het JSF-programma ten behoeve van Koninklijke Luchtmacht; (...)
- (c.) het Scheidsgerecht veroordeelt de Staat om binnen een week nadat partijen ingevolge het hierboven onder (b.) bepaalde tot overeenstemming zijn gekomen omtrent de Omzet uit Participatie (...) het Percentage opnieuw te berekenen en die berekening aan de Luchtvaartindustrie en het Scheidsgerecht te doen toekomen;
- (d.) houdt iedere verdere beslissing omtrent de voorgaande punten (b.) en (c.) aan”

2.3.2 De Staat heeft op 4 augustus 2009 namens partijen het eenparig verzoek tot het Scheidsgerecht gericht de termijn van zes weken na de dag van dagtekening van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis te verlengen tot 1 september 2009, welk verzoek het Scheidsgerecht op dezelfde dag heeft ingewilligd.

2.3.3 Op 1 september 2009 heeft de Staat aan het Scheidsgerecht bericht:

“Overeenkomstig het vonnis van 25 juni 2009, aangevuld met uw e-mailbericht van 4 augustus 2009, bericht ik u hierbij namens de Staat dat de Omzet uit Participatie op verzoek van de Staat en de Luchtvaartindustrie door het NIVR is herberekend. De herberekende Omzet uit Participatie bedraagt € 3.496.909.015 (bedrag in prijspeil 2001, gedisconteerd, in Euro).”

De Staat heeft daarbij vermeld dat Luchtvaartindustrie hem heeft laten weten het met deze berekening eens te zijn. De Luchtvaartindustrie heeft dat in haar e-mail van 2 september 2009 18.35 (zie r.o. 1.13) uur bevestigd.

- 2.3.4 Op 8 september 2009 heeft de advocaat van de Staat, onder bijvoeging van een bijlage met de berekening, meegedeeld dat het Percentage met inachtneming van de in overeenstemming met r.o. 7.1 sub (b.) vastgestelde Omzet uit Participatie 4,49% bedraagt.
- 2.3.5 Zowel het bedrag van de herberekende Omzet uit Participatie ad € 3.496.909.015 (bedrag in prijspeil 2001, gediscoteerd, in Euro) als de berekening van het Percentage ad 4,49% is door de Luchtvaartindustrie niet betwist en de berekening van het Percentage stemt naar het oordeel van het Scheidsgerecht overeen met het Tekort dat het Scheidsgerecht heeft vastgesteld op EUR 157,1 miljoen en de door partijen berekende Omzet uit Participatie van EUR 3.496.909.015 (in prijspeil 2001, gediscoteerd, in Euro).
- 2.3.6 Op grond van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis zal het Scheidsgerecht, tenzij nadere overwegingen tot een andere beslissing leiden, het Percentage dus vaststellen op 4,49%.
- 2.4 Het verzoek van de Luchtvaartindustrie om heropening van de zitting over onderdeel 7.3.7 MvE – onverkorte toepassing van artikel 3.3 MFO leidt ertoe dat aan het doel van de MFO wordt voorbijgeschoten – op grond van de ten opzichte van de zitting van 14 en 15 mei 2009 gewijzigde omstandigheid dat zij inmiddels, anders dan zij tijdens die zitting voorzag, beschikt over een deskundigenbericht van Booz & Company van 24 september 2009 (*Aerospace Industry Profitability In relation to the Dutch JSF business case*) aangaande de verdien capaciteit van de Luchtvaartindustrie**
- 2.4.1 Alvorens nader in te gaan op de argumentatie van de Luchtvaartindustrie in haar in r.o. 1.30 genoemde brief van 6 november 2009 en de daartegenover door de Staat in zijn in r.o. 1.31 genoemde brief van 10 november 2009 ingenomen standpunten, bespreekt het Scheidsgerecht de gang van zaken na de zitting van het Scheidsgerecht op 14 en 15 mei 2009.
- 2.4.2 Aan het einde van de zitting van 15 mei 2009 heeft het Scheidsgerecht vastgesteld dat het voldoende was geïnformeerd om tot een beslissing te kunnen komen op de aan het Scheidsgerecht voorgelegde vorderingen en dat het zich zou gaan beraden op een vonnis. Deze bevinding van het Scheidsgerecht is vastgelegd in r.o. 1.8 van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis.
- 2.4.3 Vervolgens heeft de Luchtvaartindustrie op 29 mei 2009 een reeds ter zitting aangekondigde en bij e-mail van 18 mei 2009 bevestigde Nadere akte betreffende vorderingen van de Luchtvaartindustrie (“**Nadere akte**”) genomen, met een viertal producties, waarop de Staat bij Antwoordakte van 12 juni 2009 heeft gereageerd. Met deze aktewisseling en de daarbij gevoegde opgaven van de proceskosten van partijen, was de zaak definitief in staat van wijzen.
- 2.4.4 In de MFO van 5 juni 2002 is in artikel 8.6 het volgende bepaald omtrent eventuele arbitrage in het geval dat de Staat en de Luchtvaartindustrie niet binnen een maand

na de mededeling door de Staat aan de Luchtvaartindustrie van de hoogte van het Percentage overeenstemming zouden hebben bereikt over de hoogte daarvan:

“De arbiters zullen uiterlijk binnen negen weken nadat het geschil als bedoeld in artikel 8.5 is voorgelegd uitspraak doen. Na de voorlegging van het geschil zal de Staat binnen een week het korte antwoord, zoals beschreven in genoemd Arbitragereglement, indienen. De Partij zal binnen twee weken de memorie van eis indienen; de Staat zal binnen twee weken na indiening van de memorie van eis de memorie van antwoord indienen. Indien één van Partijen dat wenst zal een mondelinge behandeling plaatsvinden, welke uiterlijk twee weken na indiening van de memorie van antwoord zal worden gehouden. De arbiters zullen binnen twee weken na indiening van de memorie van antwoord of, indien een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, binnen twee weken na het plaatsvinden van de mondelinge behandeling uitspraak doen.”

- 2.4.5 Partijen hebben, nadat in augustus 2008 geen overeenstemming over de hoogte van het Percentage was bereikt, in onderling overleg de in artikel 8.6 neergelegde onderhandelingstermijn eerst enige malen verlengd en vervolgens de termijnen van indiening der memories en voor het houden van een mondelinge behandeling eveneens verlengd, maar de wens dat arbiters na de mondelinge behandeling – in casu na de nadere aktewisseling – met bekwame spoed uitspraak zouden doen, bleef bestaan. Die wens bestond ook bij de Luchtvaartindustrie, die de noodzaak van een spoedige beslissing omtrent de hoogte van het Percentage dat gedurende de gehele looptijd van de MFO zou gelden, heeft onderstreept, zowel in haar pleidooi, in het bijzonder in paragraaf 4.2. onder nummer 271 en volgende, als in punt 9 en volgende van haar Nadere akte. Het Scheidsgerecht heeft, mede daarom, ernaar gestreefd op korte termijn na de aktewisseling, dus na 12 juni 2009, vonnis te wijzen. Daarmee voldeed het Scheidsgerecht ook aan de wens van de Luchtvaartindustrie als neergelegd in punt 15 van haar Nadere akte, zij het ook dat het Scheidsgerecht op 25 juni 2009 niet een tussenvonnis, maar een gedeeltelijk eindvonnis heeft gewezen.
- 2.4.6 Met de voorhanden gegevens was het het Scheidsgerecht slechts niet mogelijk de Omzet uit Participatie vast te stellen en diensgevolge was het evenmin mogelijk toen reeds het Percentage te berekenen. Op alle overige onderdelen, vaststelling van het Tekort op basis van de herberekeningsclausule in de MFO, de vaststelling dat de verwachte toekomstige omzet uit de Supportfase moet worden meegerekend bij de bepaling van de Omzet uit Participatie en beoordeling van de overige vorderingen van de Luchtvaartindustrie, kon het Scheidsgerecht komen tot eindbeslissingen. Dit met inbegrip van het beroep op de verdien capaciteit van de Luchtvaartindustrie en dat de MFO aan haar doel zou voorbijschieten indien het Percentage in relatie tot de verdien capaciteit ertoe zou leiden dat de Luchtvaartindustrie zou afzien van het uitbrengen van offertes. Daaraan heeft het Scheidsgerecht in r.o. 5.5.16 en volgende van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis aandacht besteed.
- 2.4.7 Deze eindbeslissingen heeft het Scheidsgerecht neergelegd in een gedeeltelijk

arbitraal eindvonnis, dat alleen maar om die reden gedeeltelijk was, dat het Scheidsgerecht over onvoldoende gegevens beschikte om de Omzet uit Participatie vast te stellen. Het meer of anders gevorderde heeft het Scheidsgerecht afgewezen.

2.4.8 Uit het e-mailbericht van de Staat van 4 augustus 2009 17:32 uur bleek dat partijen de termijn van zes weken na de dag van dagtekening van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis, genoemd in r.o. 7.1 onder (b.) van dat vonnis, wensten te verlengen tot 1 september 2009.

2.4.9 Uit de reactie van de Luchtvaartindustrie van 28 augustus 2009 (zie r.o. 1.9) op de vraag die de Staat bij e-mail van 26 augustus 2009 aan het Scheidsgerecht had gesteld (zie r.o. 1.8), bleek dat de Luchtvaartindustrie ervan uitging dat de discussie omtrent het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie eventueel ten overstaan van het Scheidsgerecht voortgezet zou kunnen worden, onder toevoeging dat dit, anders dan ten tijde van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis de verwachting was, de arbitrage niet zodanig zou vertragen dat dit onwenselijk is voor de Luchtvaartindustrie (blz. 2, laatste alinea).

2.4.10 De Staat heeft bij e-mail van maandag 31 augustus 2009 12:42 uur (zie r.o. 1.9) op deze brief van de Luchtvaartindustrie van vrijdag 28 augustus 2009 gereageerd en in die reactie onder andere meegedeeld:

“De reactie van de Luchtvaartindustrie zal buiten beschouwing gelaten moeten worden voorzover deze andere onderwerpen aansnijdt dan de voorgelegde vraag over het tijdpad. Met name geldt dat voor de opmerkingen over de verdien capaciteit en het gestelde verband tussen het al dan niet plaatsvinden van onderhandelingen en het uitvoering geven aan het vonnis van 25 juni 2009. Het onderwerp van de verdien capaciteit is bovendien in het vonnis van 25 juni 2009 reeds afgedaan.

2.4.11 In haar e-mail van 31 augustus 2009 16:38 uur (zie r.o. 1.11) schrijft de Luchtvaartindustrie, verwijzend naar de passage in de e-mail van de Staat dat de brief van de Luchtvaartindustrie (van 28 augustus 2009) buiten beschouwing gelaten moet worden voor zover deze andere onderwerpen aansnijdt dan de voorgelegde vraag:

“(…) De Luchtvaartindustrie vermog niet in te zien waarom zij niet evenzeer aan het Scheidsgerecht – in reactie op het verzoek van de Staat en op dat verzoek voortbouwend – vragen mag voorleggen, te meer nu voor het voeren van overleg over het verdienvermogen tussen Staat en Luchtvaartindustrie tijd voorhanden bleek en blijkt te zijn (hetgeen aan de Luchtvaartindustrie ten tijde van het pleidooi en dus aan het Scheidsgerecht ten tijde van het schrijven van het Vonnis nog niet bekend was).”

2.4.12 In dezelfde e-mail van 31 augustus 2009 16:38 uur schrijft de Luchtvaartindustrie dat partijen direct volgend op het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis zeer intensief hebben overlegd over zowel de Omzet uit Participatie als het verdienvermogen. Thans lijkt het, volgens de Luchtvaartindustrie, alsof de Staat enkel oog heeft voor hetgeen is besproken in het kader van de Omzet en dat hij de problematiek van het



verdienvermogen op een later moment aan de orde wil (laten) stellen. Dat is volgens de Luchtvaartindustrie niet in overeenstemming met de wijze waarop partijen na het Vonnis, mede gezien r.o. 5.6.9 *in fine* van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis, aan het werk zijn gegaan.

- 2.4.13 Het Scheidsgerecht leest hierin slechts dat partijen na het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis overleg hebben gepleegd over de Omzet uit Participatie (zoals opgedragen in r.o. 7.1. onder (b.) van dat vonnis) en dat zij de in r.o. 5.5.20 van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis aanbevolen nadere onderhandelingen zijn gaan voeren om na te gaan of met inachtneming van de bij dat vonnis genomen beslissingen overeenstemming over het Percentage kan worden bereikt, zulks teneinde “binnen de grenzen van het mogelijke te voorkomen dat de MFO het doel medefinanciering van het Tekort door de Luchtvaartindustrie mist” (r.o. 5.5.20 en ook r.o. 5.6.9, met nader *caveat*). Het Scheidsgerecht leest hierin niet dat de Luchtvaartindustrie volhardt bij haar stelling dat zij het onderwerp waarom het hier gaat, bij gebreke van overeenstemming met de Staat, alsnog aan het Scheidsgerecht zou kunnen voorleggen.
- 2.4.14 Evenmin gaat de Luchtvaartindustrie in deze reactie in op de stelling van de Staat in zijn e-mail van 31 augustus 2009 12:42 uur dat het onderwerp van de verdien capaciteit in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis is afgedaan.
- 2.4.15 Op 1 september 2009 17:01 uur heeft de Staat het Scheidsgerecht bericht gezonden over de hoogte van de Omzet uit Participatie waarover partijen overeenstemming hadden bereikt (r.o. 1.12).
- 2.4.16 Bij e-mail van 2 september 2009 18:35 uur (zie r.o. 1.13) stelt de Luchtvaartindustrie vast dat de Staat de herberekende Omzet uit Participatie heeft meegedeeld zonder het antwoord van het Scheidsgerecht op de door de Staat opgeworpen vraag af te wachten. Voorts deelt de Luchtvaartindustrie mede dat over het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie uitvoerig overleg is gevoerd. Ten slotte wacht de Luchtvaartindustrie het antwoord van het Scheidsgerecht op de in de e-mail van 26 augustus 2009 van de Staat en de brief van de Luchtvaartindustrie van 28 augustus 2009 voorgelegde punten af.
- 2.4.17 Hierop reageert de Staat met een e-mail van 3 september 2009 13:53 uur (zie r.o. 1.14), waarin onder andere de volgende passage:

“Vast staat dat partijen overeenstemming hebben bereikt over de Omzet uit Participatie, zoals in het vonnis van 25 juni 2009 onder 7.1 sub b. opgenomen. Dat betekent dat binnen zeven dagen de Staat in overeenstemming met sub c. de berekening van het Percentage aan het Scheidsgerecht kan doen toekomen, waarna op de punten b. en c. eindvonnis kan worden gewezen. Daarmee zal de arbitrage tot een einde komen. In het vonnis van 25 juni 2009 is immers al het meer of anders gevorderde afgewezen. De verdien capaciteit speelt in die procedure geen rol meer.”

De Staat voegt daaraan toe dat het feit dat partijen overleg voeren en dat daarin ook

de verdien capaciteit aan de orde is, geen reden is om de procedure aan te houden. De enige grond voor aanhouding van de procedure zou kunnen zijn dat het Scheidsgerecht van mening zou blijken dat de in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis onder 5.6.9 genoemde "uiterste poging" zou moeten plaatsvinden voordat het Scheidsgerecht eindvonnis wijst.

- 2.4.18 Op 4 september 2009 heeft het Scheidsgerecht de vraag van de Staat van 26 augustus 2009 11:20 uur bij Procedurele Order no. 2 beantwoord (zie r.o. 2.2.2), waarbij het zich heeft beperkt tot beantwoording van de door de Staat op 26 augustus 2009 gestelde vraag en niet is ingegaan op het dispuut dat zich daaromheen had ontwikkeld. Het enige punt in de brief van de Luchtvaartindustrie van 28 augustus 2009 dat als een harerzijds aan het Scheidsgerecht voorgelegde vraag zou kunnen worden beschouwd, is dat de door de Staat op 26 augustus 2009 opgeworpen vraag naar de mening van de Luchtvaartindustrie automatisch leidt tot opschorting van de vastgestelde termijn tot 1 september 2009, totdat duidelijkheid zou zijn verkregen over de wijze waarop het Scheidsgerecht de vraag van de Staat afdoet. Het Scheidsgerecht was ook voornemens zich uit te laten over eventuele opschorting van de termijn, maar mede door uitstedigheid bleek een antwoord niet mogelijk vóór 4 september 2009 en toen had de Staat al overeenkomstig r.o. 7.1 onder (b.) en de tot 1 september 2009 verlengde termijn opgave gedaan van de Omzet uit Participatie. Wel heeft het Scheidsgerecht partijen er in de order op gewezen dat het aan henzelf was om te beslissen of, en zo ja wanneer, zij al dan niet gezamenlijk om vonnis zouden vragen.
- 2.4.19 Bij e-mail van 8 september 2009 16:05 uur (zie r.o. 1.16) heeft de Staat onder verwijzing naar r.o. 7.1 onder (c.) van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis aan het Scheidsgerecht bericht dat het Percentage met inachtneming van de in overeenstemming met r.o. 7.1 onder (b.) vastgestelde Omzet uit Participatie 4,49% bedroeg (zie r.o. 2.3.3).
- 2.4.20 Op deze mededeling van de Staat heeft de Luchtvaartindustrie gereageerd met een brief van 9 september 2009 (zie r.o. 1.17). Daarin maakt de Luchtvaartindustrie opnieuw melding van het overleg dat partijen voeren over de vraag of de Luchtvaartindustrie voldoende verdien capaciteit heeft om het Percentage over de Omzet uit Participatie af te dragen. De hoogte van het Percentage (4,49%) is naar haar mening ver verwijderd van wat voor haar gezien haar verdienvermogen haalbaar is. De Luchtvaartindustrie voegt daaraan toe dat er cijfermatige onderbouwing wordt geleverd door KPMG en Booz & Company. De Luchtvaartindustrie besluit de brief met de mededeling dat zij meent dat, mocht geen vergelijk worden bereikt, het debat ten overstaan van het Scheidsgerecht moet worden voortgezet teneinde duidelijkheid te verkrijgen of de MFO haar doel voorbijschiet bij handhaving van het door de Staat berekende Percentage.
- 2.4.21 Het Scheidsgerecht constateert dat de Luchtvaartindustrie in deze brief ervan blijft uitgaan dat bij gebreke van overeenstemming over de uiterste poging om in onderling overleg te komen tot een Percentage dat de Luchtvaartindustrie wel

haalbaar acht, het debat ten overstaan van het Scheidsgerecht kan of moet worden voortgezet. De Luchtvaartindustrie gaat echter niet in op de mededelingen van de Staat in zijn e-mail van 31 augustus 2009 12:42 uur (r.o. 2.4.10) dat het onderwerp van de verdien capaciteit al in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis van 27 juni 2009 was afgedaan, en in zijn e-mail van 3 september 2009 13:53 (r.o. 2.4.17) dat na toezending van de berekening van het Percentage op de punten 7.1 onder (b.) en (c.) vonnis kan worden gewezen, “waarmee de arbitrage tot een einde zal komen. In het vonnis van 25 juni 2009 is immers al het meer of anders gevorderde afgewezen. De verdien capaciteit speelt in die procedure geen rol meer.”

- 2.4.22 Op deze brief van de Luchtvaartindustrie van 9 september 2009 is geen andere reactie van de Staat meer gevolgd dan twee mededelingen – op 16 en 21 september 2009 (zie r.o. 1.18) – betreffende uitstel van reactie, laatstelijk tot 5 oktober 2009.
- 2.4.23 Op 25 september 2009 (zie r.o. 1.19) bericht de Luchtvaartindustrie nog dat het overleg tussen partijen over de praktische haalbaarheid van de Private Bijdrage en het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie zich in een vergevorderd stadium bevindt.
- 2.4.24 Op 28 september 2009 (zie r.o. 1.21) heeft de Luchtvaartindustrie in een brief aan het Scheidsgerecht medegedeeld dat de Staat de Luchtvaartindustrie eerder die dag had bericht dat hij geen formele afronding van het onderlinge overleg wenst. De Luchtvaartindustrie heeft hieraan onder meer toegevoegd dat zij onder verwijzing naar haar eerdere brieven van 9 en 25 september 2009 meent dat partijen het debat over het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie en de praktische haalbaarheid van de Private Bijdrage ten overstaan van het Scheidsgerecht tot een afronding moeten brengen, teneinde duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de MFO haar doel voorbijschiet bij handhaving van het door de Staat herberekende Percentage van 4,49%. Bij deze brief was als bijlage gevoegd een rapport van Booz & Company, genaamd *Aerospace Industry Profitability In relation to the Dutch JSF business case*, van 24 september 2009, welk rapport een uittreksel/*management summary* is van eerder beoordeelde gedetailleerde uitkomsten en achtergrondgegevens.
- 2.4.25 Het Scheidsgerecht stelt vast dat de Luchtvaartindustrie ook in deze brief niet ingaat op de in r.o. 2.4.21 genoemde mededelingen van de Staat van 31 augustus en 3 september 2009 dat het onderwerp van de verdien capaciteit al in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis was afgedaan en in de procedure niet meer aan de orde is, omdat in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis alleen de punten 7.1 onder (b.) en (c.) ter nadere beslissing openstonden en het meer of anders gevorderde was afgewezen.
- 2.4.26 Op 5 oktober 2009 om 18:14 uur (zie r.o. 1.25) heeft de Staat aan het Scheidsgerecht bericht:
- “De Staat refereert zich aan het oordeel van het Scheidsgerecht met betrekking tot het verzoek van de Luchtvaartindustrie van 28 september 2009”.

2.4.27 Het Scheidsgerecht achtte na dit bericht nader beraad noodzakelijk, omdat het in r.o. 7.1 onder (d.) van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis alleen de beslissing over de punten 7.1 onder (b.) en (c.) had aangehouden en in r.o. 7.1. onder (i) het meer of anders gevorderde had afgewezen en omdat de Staat zich hierop tevoren tot tweemaal toe had beroepen, daarbij stellende dat de verdien capaciteit in de procedure niet meer aan de orde was.

2.4.28 Dit beraad heeft op 23 oktober 2009 plaatsgevonden en heeft geresulteerd in de Procedurele Order no. 3, die op die dag aan partijen is toegezonden. Deze order hield in:

“De Luchtvaartindustrie vraagt heropening van de zitting over onderdeel 7.3.7 MvE – onverkorte toepassing van artikel 3.3 MFO leidt ertoe dat aan het doel van de MFO wordt voorbijgeschoten – op grond van de ten opzichte van de zitting van 14 en 15 mei 2009 gewijzigde omstandigheid dat zij inmiddels, anders dan zij tijdens die zitting voorzag, beschikt over een deskundigenbericht van Booz & Company van 24 september 2009 (*Aerospace Industry Profitability In relation to the Dutch JSF business case*) aangaande de verdien capaciteit van de Luchtvaartindustrie, alsmede over een op verzoek van de Staat door PA Consulting Group op 30 september 2009 uitgebrachte validatie van dit deskundigenbericht.

De Staat heeft zich bij e-mail van 5 oktober 2009 betreffende het verzoek van de Luchtvaartindustrie om heropening van de zitting ter presentatie van en toelichting op voormeld deskundigenbericht van Booz & Company gerefereerd aan het oordeel van het Scheidsgerecht. Het Scheidsgerecht leidt hieruit vooralsnog af dat beide partijen aan het Scheidsgerecht vragen op grond van nadere gegevens van de zijde van de Luchtvaartindustrie en het daaromtrent door de Staat nader te bepalen standpunt, alsnog uitspraak te doen over de vraag of onverkorte toepassing van artikel 3.3 MFO ertoe leidt dat aan het doel van de MFO wordt voorbijgeschoten, in verband waarmee naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid het Percentage lager moet worden vastgesteld dan voortvloeit uit de berekening van de Staat op grond van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis van 27 juni 2009.

Het Scheidsgerecht acht van beide partijen een verklaring nodig dat zij op dit punt van het Scheidsgerecht in het aanhangige geding uitspraak verlangen.

Het Scheidsgerecht bepaalt de heropening van de zitting op 17 november 2009, om 14.00 uur ten kantore van het NAI te Rotterdam, en dat de gevraagde verklaringen uiterlijk alsdan in het geding zullen worden gebracht.

Het Scheidsgerecht bepaalt voorts dat de Luchtvaartindustrie ervoor zorg draagt dat de uiteenzetting als bedoeld in de e-mail van 21 oktober 2009 op uiterlijk 4 november 2009 in het bezit is van het Scheidsgerecht en van de Staat, alsmede dat de Staat ervoor zorg draagt dat zijn eventuele reactie met eventuele producties uiterlijk op 13 november 2009 in het bezit is van het Scheidsgerecht en van de Luchtvaartindustrie” (zie r.o. 1.27).

2.4.29 De Staat heeft naar aanleiding van deze order bij brief van 3 november 2009, toegezonden per e-mail van die dag 17:25 uur (zie r.o. 1.28), bericht geen uitspraak

op dit punt in het aanhangige geding te verlangen en er dus niet mee in te stemmen dat alsnog uitspraak wordt gedaan over de in de order aangeduide vraag alsmede dat in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis op dit punt reeds een eindbeslissing was gegeven.

2.4.30 De Luchtvaartindustrie had op dat moment – 3 november 2009 17:25 uur – nog niet op de order gereageerd.

2.4.31 Op grond van de in r.o. 2.4.29 vermelde verklaring van de Staat heeft het Scheidsgerecht op 3 november 2009 23:01 uur zijn Procedurele Order no. 4 aan partijen toegezonden van de navolgende inhoud:

“Nu de Staat niet de in de derde procedurele order van het Scheidsgerecht genoemde verklaring geeft, concludeert het Scheidsgerecht dat daarmee de zin voor een nadere uitwisseling van standpunten en stukken vervalt en dat de zitting van 17 november 2009 geen doorgang zal vinden.

Het Scheidsgerecht zal, behoudens tegenbericht van zowel de Luchtvaartindustrie als de Staat op uiterlijk 11 november 2009, overgaan tot het wijzen van (eind)vonnis, ingevolge sub (d.) van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis van 25 juni 2009 ” (zie r.o. 1.29).

2.4.32 Vervolgens heeft de Luchtvaartindustrie bij brief van 6 november 2009 (zie r.o. 1.30) aan het Scheidsgerecht medegedeeld met verbazing van de Procedurele Order no. 4 te hebben kennisgenomen en dat het haar uit het oogpunt van hoor en wederhoor onjuist voorkomt dat het Scheidsgerecht haar niet in de gelegenheid heeft gesteld te reageren op de brief van de Staat van 3 november 2009 (genoemd in r.o. 1.28) voordat de Procedurele Order no. 4 is uitgevaardigd. De Luchtvaartindustrie voert verder aan dat de in Procedurele Order no. 3 gevraagde verklaring van partijen onnodig was, de praktische haalbaarheid van de Private Bijdrage niet definitief was afgedaan, het Scheidsgerecht had kunnen en moeten terugkomen op de eindbeslissing in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis ter zake van de praktische haalbaarheid van de Private Bijdrage en het handelen van de Staat in strijd is met de processuele goede trouw, met als conclusie dat het Scheidsgerecht in het in Procedurele Order no. 4 aangekondigde eindvonnis nader aandacht zal geven aan de door de Luchtvaartindustrie aangevoerde argumenten over de procedurele gang van zaken bij de totstandkoming van Procedurele Order no. 4, zulks met vaststelling van een Percentage dat recht doet aan het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie in het licht van het doel van de MFO, dan wel met vaststelling van de door partijen in acht te nemen grenzen bij de nadere door de Staat toegezegde onderhandelingen over de hoogte van de Private Bijdrage, met veroordeling van de Staat in de kosten van de Luchtvaartindustrie verband houdende met de opstelling van het rapport van Booz & Company en het door de Luchtvaartindustrie reeds voorbereide *skeleton of arguments*.

2.4.33 De Staat heeft daarop geantwoord met een brief van 10 november 2009 (zie r.o. 1.31), waarin hij het standpunt inneemt dat het Scheidsgerecht in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis op alle door de Luchtvaartindustrie aangevoerde punten een

eindbeslissing heeft gegeven met uitzondering van de hoogte van de Omzet uit Participatie en de daaruit (en uit het vastgestelde Tekort) resulterende hoogte van het Percentage, dat de eindbeslissing zich ook uitstrekt over het beroep van de Luchtvaartindustrie op gebrek aan draagkracht, dat er geen bijzondere omstandigheden zijn die een uitzondering rechtvaardigen op de regel dat het de rechter of arbiter niet is toegestaan terug te komen op een in een tussenvonniss uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing en dat er geen sprake is geweest van schending van het beginsel van hoor en wederhoor. De Staat verzet zich tegen de door de Luchtvaartindustrie gevraagde kostenveroordeling en concludeert dat het Scheidsgerecht eindvonniss kan wijzen overeenkomstig de onderdelen (b.), (c.) en (d.) van het gedeeltelijk arbitraal eindvonniss.

2.4.34 Aangaande de standpunten die de Luchtvaartindustrie in haar brief van 6 november 2009 heeft ingenomen overweegt het Scheidsgerecht allereerst dat uit het vorenstaande (r.o. 2.4.1 tot en met 2.4.31) een consistente lijn van het Scheidsgerecht blijkt, die geen aanleiding kan geven tot verbazing:

1. een gedeeltelijk arbitraal eindvonniss waarin het Scheidsgerecht in overeenstemming met de wens van partijen en op grond van de ook volgens de Luchtvaartindustrie beperkt beschikbare tijd in verband met de noodzaak op korte termijn offertes uit te brengen, zo spoedig mogelijk – binnen twee weken na ontvangst van de Antwoordakte van de Staat – eindbeslissingen heeft gegeven en in r.o. 7.1 onder (a.) het Tekort heeft vastgesteld, onder (b.) uitspraak heeft gedaan over de omzet uit de Supportfase en over de wijze waarop de Omzet uit Participatie moet worden bepaald, onder (d.) alleen de beslissing over de punten 7.1 onder (b.) en (c.) heeft aangehouden en in 7.1 onder (i.) het meer of anders gevorderde heeft afgewezen. Dat houdt in dat ook het beroep op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in verband met het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie en de mogelijkheid dat de MFO dientengevolge aan haar doel voorbijschiet, is afgewezen.
2. Ten aanzien van de vraag of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in verband met het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie het Percentage lager vastgesteld zou moeten worden dan volgt uit de herberekeningsformule van de MFO opdat deze haar doel niet voorbijschiet, heeft het Scheidsgerecht partijen aanbevolen op dit punt door onderhandelingen een uiterste poging te doen om tot overeenstemming te komen. Een uiterste houdt in dat er daarna geen vervolg meer is, en dus ook geen voortzetting of heropening van de procedure als die overeenstemming niet mogelijk blijkt.
3. Pas nadat de Staat zich op 5 oktober 2009 had gerefereerd aan het oordeel van het Scheidsgerecht met betrekking tot het verzoek van de Luchtvaartindustrie van 28 september 2009, heeft het Scheidsgerecht daaruit op 23 oktober 2009 blijkens zijn Procedurele Order no. 3 vooralsnog afgeleid dat beide partijen aan het Scheidsgerecht vroegen alsnog uitspraak te doen

over de vraag of onverkorte toepassing van artikel 3.3 MFO ertoe leidt dat aan het doel van de MFO wordt voorbijgeschoten, in verband waarmee naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid het Percentage lager moet worden vastgesteld dan voortvloeit uit de berekening van de Staat op grond van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis. Het Scheidsgerecht leidde dit vooralsnog (en niet zonder dat voorbehoud) af, omdat de Staat vóór 5 oktober 2009 tot tweemaal toe – op 31 augustus en 3 september 2009 – het standpunt had ingenomen dat het meer en anders gevorderde al was afgewezen en de verdien capaciteit in de arbitrage niet meer aan de orde was, waarmee het Scheidsgerecht de referte van 5 oktober 2009 niet kon rijmen. Daarom, en omdat het Scheidsgerecht ook zelf van mening was de vordering te hebben afgewezen, achtte het Scheidsgerecht van beide partijen de verklaring noodzakelijk dat zij op dat punt een uitspraak van het Scheidsgerecht verlangden.

- 2.4.35 De Luchtvaartindustrie heeft op de Procedurele Order no. 3 niet gereageerd en tegen de inhoud daarvan geen bezwaar gemaakt op een tijdstip dat zij dit nog ter zake had kunnen doen.
- 2.4.36 Uit het bovenstaande volgt dat het Scheidsgerecht de klacht van de Luchtvaartindustrie dat de in Procedurele Order no. 3 verlangde verklaring van partijen onnodig was, verwerpt.
- 2.4.37 Voor hoor en wederhoor was na de weigering van de Staat op 3 november 2009 geen aanleiding. Door de Procedurele Order no. 3 van 23 oktober 2009 kon niet aan twijfel onderhevig zijn, dat de door de Luchtvaartindustrie verlangde (nadere) uitspraak en de daartoe te geven presentatie geen doorgang zouden vinden, als niet van beide partijen een verklaring werd ontvangen dat zij in het aanhangige geding uitspraak van het Scheidsgerecht verlangden op het in Procedurele Order no. 3 omschreven punt. Door de mededeling van de Staat van 3 november 2009 werd duidelijk dat die voorwaarde niet werd vervuld. Het Scheidsgerecht achtte het mede in verband met de voorbereidingen die de Luchtvaartindustrie aan het treffen was ter voorbereiding van de eventuele zitting op 17 november 2009, geboden zo spoedig mogelijk – dezelfde dag nog bij e-mail van 23:01 uur – zijn conclusie in de Procedurele Order no. 4 aan partijen toe te zenden.
- 2.4.38 Uit het bovenstaande blijkt ook dat het Scheidsgerecht de kwestie van de praktische haalbaarheid van de Private Bijdrage wel definitief had afgedaan, en wel door partijen een uiterste – dus laatste, niet door iets anders gevolgde – poging tot het bereiken van overeenstemming aan te bevelen en de vordering af te wijzen. Daarbij heeft het Scheidsgerecht bovendien erop gewezen – r.o. 5.5.20 laatste volzin – dat de beleidsruimte van de Staat bij deze onderhandelingen door vele factoren wordt bepaald.
- 2.4.39 De Luchtvaartindustrie is van oordeel dat het Scheidsgerecht had kunnen en moeten terugkomen op zijn eindbeslissing. Daarbij beroept de Luchtvaartindustrie zich op een essentiële wijziging van feitelijke omstandigheden (a) en dat het in het licht van

de omstandigheden na afweging van de betrokken belangen van partijen onaanvaardbaar zou zijn, de beslissing in stand te laten (b), wat te meer zou gelden omdat daardoor de MFO en de gehele arbitrale procedure inzake vaststelling van de Private Bijdrage zinledig zouden worden (c).

2.4.40 Het Scheidsgerecht oordeelt hieromtrent:

ad (a): niet de feitelijke omstandigheden zijn gewijzigd, maar de Luchtvaartindustrie heeft, nadat een eindbeslissing was gegeven, alsnog de beschikking gekregen over een door haar gevraagd rapport (van Booz & Company), waarmee zij beoogt de onderbouwing van een eerder, mede wegens een gebrek aan onderbouwing verworpen betoog, opnieuw aan beoordeling te onderwerpen. Het Scheidsgerecht weet niet wanneer dit rapport is gevraagd, maar stelt wel vast dat het tijdens de zitting van 14 en 15 mei 2009 niet in het vooruitzicht is gesteld. Dat rapport kon de onderhandelingspositie van de Luchtvaartindustrie versterken, maar kan als een door de Luchtvaartindustrie zelf gevraagd rapport niet worden aangemerkt als een nieuwe of gewijzigde feitelijke omstandigheid die zou kunnen of moeten leiden tot een hernieuwde beslissing over een einduitspraak;

ad (b): het staat in het licht van de cijfers in het rapport van Booz & Company, niet vast dat het onaanvaardbaar zou zijn de beslissing in stand te laten. In de eerste plaats wordt de juistheid van de conclusie die de Luchtvaartindustrie aan de (gevalideerde) cijfers verbindt, door de Staat betwist. In de tweede plaats zouden voor het oordeel omtrent de toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid feitelijke omstandigheden moeten worden onderzocht, zoals of de Luchtvaartindustrie ten tijde van de onderhandelingen over de *Letter of Intent* en de MFO wist of kon weten welk Percentage haar verdienvermogen zou toelaten, en hoe dat inzicht zich verhoudt tot het sluiten van de MFO;

ad (c): de opvatting dat een procedure die door de gegeven eindbeslissing niet oplevert wat de eiser daarvan verwacht, zinledig zou zijn, kan niet leiden tot de conclusie dat teruggekomen zou moeten worden op die eindbeslissing.

2.4.41 Wat de door de Luchtvaartindustrie geciteerde jurisprudentie betreft, stelt zij zich kennelijk op het standpunt dat de beslissingen in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis slechts in de overwegingen van dat vonnis zouden voorkomen. In het geval van het beroep op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid is de eindbeslissing echter in het dictum vastgelegd. Daarmee is dat gedeelte van de vordering afgedaan. Ook om die reden kan het verzoek niet worden ingewilligd.

2.4.42 De Luchtvaartindustrie acht het handelen van de Staat tijdens het overlegtraject in strijd met de processuele goede trouw.

2.4.43 Het Scheidsgerecht wijst de Luchtvaartindustrie erop dat uit het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis – in het bijzonder uit r.o. 5.5.20, laatste volzin en 5.6.9, laatste



volzin – al volgt dat het overlegtraject door de factoren die de beleidsruimte van de Staat bepalen, moeilijk zou kunnen zijn en dus ook afgebroken zou kunnen worden. Dat laatste is in casu gebeurd en is voor alle betrokkenen een gegeven dat zij hebben te aanvaarden. Het stond de Staat vrij de onderhandelingen om hem moverende redenen niet voort te zetten en daarmee het risico te nemen dat de Luchtvaartindustrie metterdaad afziet van het uitbrengen van offertes met als gevolg dat geen Omzet uit Participatie zal ontstaan en dus geen Private Bijdrage zal worden betaald. Het is de Luchtvaartindustrie bekend dat de Staat gedurende het geding het standpunt heeft ingenomen dat de hoogte van het Percentage in relatie tot de brutomarge aan het uitbrengen van offertes niet in de weg staat (MvA 8.42 en pleidooi 36 en volgende).

- 2.4.44 De Luchtvaartindustrie noemt de wijziging van de procesopstelling van de Staat onaanvaardbaar.
- 2.4.45 De Staat heeft naar aanleiding van brieven van de Luchtvaartindustrie waaruit van haar opvatting bleek dat het Scheidsgerecht alsnog over de kwestie van de haalbaarheid van de MFO in relatie tot de verdiencapaciteit zou moeten oordelen als overeenstemming tussen partijen niet mogelijk zou blijken, tot tweemaal toe – op 31 augustus 2009 en op 3 september 2009 – bericht dat die kwestie was afgedaan bij het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis en niet meer aan de orde was. De Luchtvaartindustrie heeft dat niet, althans niet gemotiveerd weersproken en heeft dat pas, nadat het Scheidsgerecht had besloten tot het wijzen van eindvonnis, in haar brief van 6 november 2009, onder aanvoering van argumenten, gedaan. Daarmee is de Luchtvaartindustrie in deze fase van het geding te laat. In de procesopstelling van de Staat kan ten hoogste inconsistent worden genoemd het feit dat de Staat zich op 5 oktober 2009 refereert aan het oordeel van het Scheidsgerecht met betrekking tot het verzoek van de Luchtvaartindustrie van 28 september 2009, terwijl hij daaraan voorafgaand tot tweemaal toe (op 31 augustus en 3 september 2009) gemotiveerd (en niet gemotiveerd weersproken) het standpunt heeft ingenomen dat de kwestie van de haalbaarheid van de MFO in relatie tot het verdienvermogen van de Luchtvaartindustrie in de procedure niet meer aan de orde is. De weigering van de Staat van 3 november 2009 is vervolgens weer in overeenstemming met de gedragslijn van 31 augustus en 3 september 2009, en tot die weigering was de Staat, gezien Processuele Order no. 3, bevoegd.
- 2.4.46 Het Scheidsgerecht verwerpt daarom de opvatting dat sprake zou zijn van een onaanvaardbare wijziging van de procesopstelling van de Staat.
- 2.4.47 De brief van de Luchtvaartindustrie van 6 november 2009 brengt aldus het Scheidsgerecht niet tot het oordeel dat het thans geen uitspraak moet doen ingevolge r.o. 7.1 onder (d.) van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis.
- 2.4.48 Nu het rapport van Booz & Company een rol gespeeld heeft tijdens de onderhandelingen tussen de Staat en de Luchtvaartindustrie en de Luchtvaartindustrie zelf belang had bij de voorbereiding van de door haar verlangde eventuele zitting op 17 november 2009, die geen doorgang vond doordat de Staat

van een hem door het Scheidsgerecht gegeven bevoegdheid gebruik maakte, is er geen aanleiding de Staat te veroordelen in de kosten die de Luchtvaartindustrie ter zake heeft gemaakt.

**3. Kosten**

3.1 Evenals in het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis oordeelt het Scheidsgerecht het passend om ingevolge artikel 61 lid 2 van het NAI Arbitrage Reglement de kosten tussen partijen te verdelen aldus, dat de Luchtvaartindustrie en de Staat ieder de eigen kosten dragen.

3.2 Overeenkomstig de daaromtrent door partijen gemaakte afspraak komt het honorarium van arbiters (inclusief het honorarium van de secretaris) met betrekking tot het verzoek van de Luchtvaartindustrie van 7 juli 2009 tot herstel van een kennelijke rekenfout dan wel tot aanvulling van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis voor rekening van de Luchtvaartindustrie.

3.3 Het Scheidsgerecht oordeelt voorts dat de helft van het overige honorarium en de overige verschotten van arbiters (inclusief honorarium en verschotten van de secretaris) gerezen in de periode na 24 juli 2009 tot en met het deponeren van dit arbitraal eindvonnis ten laste van de Luchtvaartindustrie komt en de andere helft ten laste van de Staat en dat ten aanzien van de kosten geen rente verschuldigd is.

3.4 De administrateur van het NAI heeft overeenkomstig artikel 58 lid 1 van het NAI Arbitrage Reglement en na overleg met het Scheidsgerecht, de kosten van deze arbitrageprocedure gerezen in de periode tussen 7 juli tot en met 24 juli 2009 vastgesteld op EUR 1.166,20 (incl. EUR 186,20 BTW) welk bedrag als volgt is samengesteld:

|   |   |     |        |
|---|---|-----|--------|
| - | Honorarium Arbiters (incl. EUR 136,32 BTW)  | EUR | 853,82 |
| - | Honorarium Secretaris (incl. EUR 49,88 BTW) | EUR | 312,38 |

en de kosten van deze arbitrageprocedure gerezen na 24 juli 2009 tot en met het deponeren van dit arbitraal eindvonnis vastgesteld op EUR 36.850,75 (incl. EUR 5.857,95 BTW) welk bedrag als volgt is samengesteld:

|   |   |     |           |
|---|---|-----|-----------|
| - | Honorarium Arbiters (incl. EUR 4.718,18 BTW)      | EUR | 29.550,68 |
| - | Verschotten Arbiters (incl. EUR 73,40 BTW)        | EUR | 519,20    |
| - | Honorarium Secretaris (incl. EUR 1.047,37 BTW)    | EUR | 6.559,87  |
| - | Verschotten Secretaris (incl. EUR 19 BTW)         | EUR | 119,00    |
| - | Kosten voor depot van het vonnis bij de rechtbank | EUR | 102,00    |

3.5 De Luchtvaartindustrie heeft, ter aanvulling van het na het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis resterende depotbedrag ad EUR 12.063,76 (depot EUR 150.000 plus administratiekosten EUR 11.900 minus de kosten tot en met het deponeren van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis van EUR 149.836,24)), een depot ten behoeve honorarium en verschotten van het Scheidsgerecht, inclusief het honorarium en de

verschotten van het de Secretaris van het Scheidsgerecht, gestort van in totaal EUR 30.000. Voornoemde kosten ad EUR 38.106,95 (EUR 1.166,20 plus EUR 36.850,75) zullen worden voldaan uit (het restant van) het door de Luchtvaartindustrie gestorte depot. De Staat zal derhalve worden veroordeeld tot betaling van de helft van de kosten gerezen na 24 juli 2009 (zie r.o. 3.3) ad EUR 36.850,75, derhalve (afgerond) EUR 18.425,38 (de helft van het laatstgenoemde bedrag in r.o. 3.4).

- 3.6 Zoals vorenoverwogen, dienen de kosten van juridische bijstand van ieder der partijen, eveneens deel uitmakend van de arbitragekosten, door partijen zelf te worden gedragen.

4. **Beslissingen**

Op grond van het vorenstaande beslist het Scheidsgerecht, onder verwijzing naar artikel 45 lid 1 van het NAI Arbitrage Reglement en beslissende naar de regelen des rechts, als volgt:

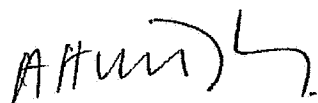
- (a.) het Scheidsgerecht stelt de Omzet uit Participatie vast op EUR 3.496.909.015 (bedrag in prijspeil 2001, gediscoteerd, in Euro) en het Percentage op 4,49%;
- (b.) het Scheidsgerecht bepaalt dat de Luchtvaartindustrie de kosten van deze arbitrale procedure voor zover gevallen in de periode van 7 juli tot en met 24 juli 2009 draagt; deze kosten bedragen EUR 853,82 aan honorarium en verschotten van arbiters en EUR 312,38 aan honorarium van de secretaris van het Scheidsgerecht, derhalve in totaal EUR 1.166,20;
- (c.) het Scheidsgerecht bepaalt dat de Luchtvaartindustrie enerzijds en de Staat anderzijds de overige kosten van deze arbitrale procedure, die zijn gevallen na 24 juli 2009, in gelijke delen zullen dragen en voldoen, welke kosten tot en met de deponering van het arbitrale vonnis zijn vastgesteld op EUR 30.069,88 aan honorarium en verschotten van arbiters, EUR 6.678,87 aan honorarium en verschotten van de secretaris van het Scheidsgerecht, en EUR 102 aan griffiekosten in verband met het depot, derhalve in totaal EUR 36.850,75;
- (d.) het Scheidsgerecht verstaat dat de sub (b.) en (c.) van dit dictum genoemde kosten worden verrekend met het na het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis resterende deel van het door de Luchtvaartindustrie gestorte depot ad EUR 12.063,76 en het door de Luchtvaartindustrie na het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis gestorte depot ad EUR 30.000; het Scheidsgerecht veroordeelt de Staat tot betaling aan de Luchtvaartindustrie van EUR 18.425,38 uit hoofde van deze kostenveroordeling;
- (e.) het Scheidsgerecht bepaalt dat ieder der partijen de eigen kosten van juridische bijstand draagt.

Plaats van arbitrage, 's-Gravenhage

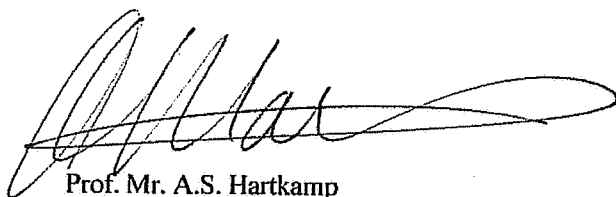
Getekend op 27 november 2009

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'F' followed by a long, wavy line that ends in a small loop.

Mr. F. Korthals Altes, Voorzitter

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'A.H. van Delden' written in a cursive style.

Mr. A.H. van Delden

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'A' followed by 'S. Hartkamp' in a cursive script.

Prof. Mr. A.S. Hartkamp