

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

GEDEELTELIJK 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 Boxtel;
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
HELI-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

- 1.1 Bij brief van 15 december 2008 heeft mr. R.P. Kröner, mede namens prof. mr. A.J.M. van Mierlo, mr. dr. G.J. Meijer en mr. A.J.M. Wiggers, allen namens de Luchtvaartindustrie, een aanvraag tot arbitrage ingediend bij het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: "NAI") tegen de Staat. De aanvraag is op dezelfde dag door het NAI ontvangen. Mr. J.L.A. Nicolai en mr. M.R. Birnage hebben namens de Staat gereageerd met een kort antwoord, dat op 22 december 2008 door het NAI werd ontvangen.
- 1.2 Bij brief van 20 januari 2009 heeft het NAI de benoeming tot arbiters in dit arbitraal geding bevestigd van: prof. mr. A.S. Hartkamp (tot arbiter benoemd door de Luchtvaartindustrie), mr. A.H. van Delden (tot arbiter benoemd door de Staat) en mr. F. Korthals Altes (tot arbiter benoemd door prof. mr. Hartkamp en mr. Van Delden), welke benoemingen schriftelijk door hen zijn aanvaard. Mr. Korthals Altes is op de voet van het bepaalde in artikel 14(6) van het Arbitrage Reglement van het NAI in deze procedure als Voorzitter van het Scheidsgerecht opgetreden.
- 1.3 Op verzoek van het Scheidsgerecht is mevrouw mr. M.P.J. Smakman benoemd tot secretaris in dit arbitraal geding.
- 1.4 Overeenkomstig de door het Scheidsgerecht, met inachtneming van de door Partijen - in afwijking van het bepaalde in artikel 8.3 en 8.6 van de hierna te noemen Medefinancieringsovereenkomst - gemaakte afspraken, vastgestelde werkwijze heeft de Luchtvaartindustrie op 9 februari 2009 van eis ("MvE") gediend, waarna de Staat op 23 maart 2009 een memorie van antwoord ("MvA") heeft genomen. Alle memoriën gingen vergezeld van producties. De Luchtvaartindustrie heeft op 4 mei 2009, conform de door het Scheidsgerecht vastgestelde werkwijze, bij akte negen nieuwe producties in het geding gebracht.
- 1.5 Het Scheidsgerecht heeft op 14 en 15 mei 2009 zitting gehouden te 's-Gravenhage, waar de raadslieden van Partijen hun zaak hebben bepleit - onder verwijzing naar hun ter zitting overgelegde pleitnotities - en nadere inlichtingen hebben verschaft over de in hun respectievelijke memoriën aan de orde gestelde geschilpunten. Ook andere vertegenwoordigers van Partijen hebben het woord gevoerd, mede in antwoord op de aan hen gestelde vragen, waarop de andere Partij telkens de mogelijkheid kreeg hierop te reageren. De Luchtvaartindustrie heeft ter zitting een bundel getiteld "kerndocumenten" overgelegd, alsmede cijfermatige overzichten. De Staat heeft ter zitting een kopie overgelegd van het presentatiemateriaal "Briefing toelichting herijking Business Case 1 juli 2008 ten behoeve van arbitrage" met kopieën van onderliggend (bron)materiaal.
- 1.6 De Luchtvaartindustrie werd ter gelegenheid van de zitting op 14 en 15 mei 2009 vertegenwoordigd door H. Defesche (Stork, Corporate Legal), M. van Keller (Stork, Corporate Legal), J. Lagasse (Stork, President ELMO), A. Schild (NIDV, NIFARP), S. Schreeuwer (Stork, Assistant JSF Program), B. Tammes (Thales,

Public Affairs), A.F. Vergouw (Stork, Public Affairs), E. Vink (Stork, Voorzitter NIFARP) en R. de Wit (Dutch Aero, Director M&S). De Luchtvaartindustrie werd ter zitting bijgestaan door prof. mr. A.J.M. van Mierlo, mr. dr. G.J. Meijer en mr. dr. E.M. Vermeulen. Tevens waren aan de zijde van de Luchtvaartindustrie aanwezig mr. N.J.M. de Munnik, mr. K.J. Krzeminski, mr. B.R.D. Hoebeke en mr. M.C. van Leyenhorst.

- 1.7 De Staat werd bij die gelegenheid vertegenwoordigd door de volgende personen namens het Ministerie van Economische Zaken: mr. E.J. de Vries (Plv. Directeur-Generaal voor Energie en Telecom), drs. M.J.M. Goos (Commissaris Militaire Productie), drs. K. Passier (Senior Beleidsmedewerker JSF), drs. J.P.C. van Kooten (Senior Beleidsmedewerker JSF) en mr. E.M. Hendriks (Jurist), namens het Ministerie van Defensie: drs. R.F. de Jong (Directeur Beleid van de Defensie Materieel Organisatie), Lt. Kol. drs. C. Diepeveen RC (Controller Vervanging F-16, Ambassade Washington) en Lt. Kol. R.G. Foppen (Medewerker DMO), en namens het ministerie van Financiën: drs. J.G. Springer (Hoofd Sectie Buitenlandse Zaken, Defensie en Economische Zaken / IRF), drs. T. Tim (Adjunct Inspecteur der Rijksfinanciën/IRF) en mr. C.M. van Gulpen (Coördinator PPS & AM / Directie Financieringen). De Staat werd ter zitting bijgestaan door mr. J.L.A. Nicolai, mr. M.R. Birnag en mr. A.J. Boorsma.
- 1.8 Aan het einde van de zitting stelde het Scheidsgerecht vast dat het voldoende was geïnformeerd om tot een beslissing te kunnen komen op de aan het Scheidsgerecht voorgelegde vorderingen en dat het Scheidsgerecht zich zou gaan beraden op een vonnis.
- 1.9 Bij e-mail van 18 mei 2009 heeft het Scheidsgerecht bevestigd dat de Luchtvaartindustrie ter zitting op 15 mei 2009 had meegedeeld dat zij uiterlijk op 29 mei 2009, indien zij daartoe aanleiding zou zien, een (verzoek tot) eiswijziging aan het Scheidsgerecht zou toezenden. Voorts stelde het Scheidsgerecht Partijen in dezelfde e-mail in de gelegenheid uiterlijk op 29 mei 2009 een gespecificeerde opgave in te dienen van de door ieder van hen gevorderde juridische kosten. Aan Partijen werd eveneens bericht dat zij uiterlijk op 12 juni 2009, desgewenst, schriftelijk mochten reageren op de kostenopgave van de andere partij en dat de Staat uiterlijk op 12 juni 2009 schriftelijk mocht reageren op de eventuele eiswijziging zijdens de Luchtvaartindustrie.
- 1.10 Bij e-mail van 28 mei 2009 heeft de Staat aan het Scheidsgerecht een gespecificeerde kostenopgave gezonden. Bij e-mail van 29 mei 2009 heeft de Luchtvaartindustrie een Nadere akte betreffende vorderingen van de Luchtvaartindustrie genomen, met een viertal producties, waaronder een gespecificeerde kostenopgave.
- 1.11 De Staat heeft bij Antwoordakte van 12 juni 2009 gereageerd op voornoemde eiswijziging, alsmede op het overzicht van juridische kosten van de Luchtvaartindustrie. De Staat heeft geen bezwaar gemaakt tegen de wijziging van eis. De Luchtvaartindustrie heeft, hoewel daartoe in de gelegenheid

te zijn gesteld, niet gereageerd op het overzicht van juridische kosten van de Staat.

2 De bevoegdheid van het Scheidsgerecht, ontvankelijkheid, beslissingsmaatstaf en de plaats van arbitrage

- 2.1 Artikel 8.3 van de hierna te noemen Medefinancieringsovereenkomst (MFO) bepaalt dat alle geschillen welke uit die overeenkomst voortvloeien, zullen worden beslecht overeenkomstig het arbitragereglement van het NAI. Artikel 8.5 MFO bepaalt voorts dat indien Partijen geen overeenstemming kunnen bereiken omtrent de berekening van het hierna te noemen Percentage, een Partij die zich met de berekening van het Percentage niet kan verenigen, een arbitrage als bedoeld in artikel 8.3 MFO aanhangig dient te maken met inachtneming van de in artikel 8.5 MFO genoemde termijnen.
- 2.2 Het Scheidsgerecht stelt vast dat geen beroep is gedaan op het ontbreken van een arbitrageovereenkomst of op de onbevoegdheid van het Scheidsgerecht. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht om over het aan hem voorgelegde geschil te oordelen, staat hiermee vast.
- 2.3 Voorts stelt het Scheidsgerecht vast dat geen beroep is gedaan op de niet-ontvankelijkheid van de in de onderhavige procedure ingestelde vorderingen.
- 2.4 Het Scheidsgerecht beslist, overeenkomstig artikel 8.3 MFO en geleet op artikel 45 lid 1 van het Arbitrage Reglement van het NAI, naar de regelen des rechts.
- 2.5 Ingevolge artikel 8.1 MFO is Nederlands recht van toepassing.
- 2.6 Ingevolge artikel 8.3 MFO is de plaats van arbitrage 's-Gravenhage.
- 3 De vaststaande feiten**
- 3.1 In dit geding is het navolgende uit de (niet of onvoldoende weersproken inhoud van de) overgelegde stukken en de wederzijdse stellingen van Partijen, onder meer ter gelegenheid van de mondelinge behandeling, komen vast te staan.
- 3.2 In deze procedure staat centraal een op 5 juni 2002 tussen enerzijds de Staat (de betrokken ministeries zijn die van Economische Zaken, van Defensie en van Financiën), en anderzijds enkele tientallen Nederlandse bedrijven en instellingen die actief zijn in de luchtvaart- en defensie-industrie, gesloten "Medefinancieringsovereenkomst JSF" (hierna: de "MFO" of de "Medefinancieringsovereenkomst"). De MFO houdt verband met het (internationale) Joint Strike Fighter-programma (hierna ook wel "JSF-programma", of "JSF-project"). Het - in opdracht van de Amerikaanse overheid ontwikkelde - gevechtstoestel de Joint Strike Fighter (hierna ook wel: "JSF") is een mogelijke opvolger van het door de Koninklijke Luchtmacht gebruikte jachtvliegtuig, de F-16.
- 3.3 Het Scheidsgerecht zal zich in dit vonnis bedienen van de in artikel 1 MFO gedefinieerde begrippen in dezelfde betekenis als waarin zij in de MFO ingevolge

die definities zijn gebezigd.

- 3.4 Deelname aan de ontwikkeling en productie van de JSF was onderdeel van door de Staat en de Luchtvaartindustrie gezamenlijk voorgestane oplossing voor de moeilijke situatie waarin de Nederlandse luchtvaartindustrie zich na het faillissement van Fokker in 1996 bevond. De Nederlandse luchtvaartindustrie zou op die manier kunnen meedingen naar orders voor de latere productie van de JSF. Immers, in de eerste plaats komt de industrie van landen die als partner deelnemen aan de "*System Development and Demonstration*"-fase van het JSF-programma ("SDD-fase") in aanmerking voor opdrachten in het kader van de ontwikkeling en productie van de JSF.
- 3.5 De ontwikkeling, productie en instandhouding van de JSF is een omvangrijk project. Het projectbudget belooft circa 1.000 miljard US dollar en de looptijd van het programma zal circa 70 jaar omvatten. Het karakter van een dergelijk programma brengt met zich dat significante voorinvesteringen nodig zijn. Op het moment van wijzen van dit vonnis doen negen landen mee aan het JSF-programma, te weten: de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Italië, Nederland, Turkije, Canada, Australië, Denemarken en Noorwegen. Kosten voor deelname aan de SDD-fase voor niet-Amerikaanse partnerlanden zijn gemaximeerd.
- 3.6 Het JSF-programma valt in drie fasen uiteen, te weten (i) een Ontwikkelingsfase (de SDD-fase), (ii) een Productiefase en (iii) een Onderhouds- of instandhoudingsfase (de "*Supportfase*").
- 3.7 Doel van de MFO was zeker te stellen dat deelname door de Staat aan de SDD-fase, gevolgd door aanschaf van JSF-toestellen, voor de Staat niet duurder zou zijn dan in het geval de Staat niet zou deelnemen aan de ontwikkeling en uiteindelijk JSF-vliegtuigen in een latere fase van de Amerikaanse overheid zou kopen. Deelname aan de SDD-fase moest voor de Staat en daarmee voor de Nederlandse belastingbetaler financieel neutraal zijn. Zou deelname voor de Staat tot hogere kosten leiden dan de koop van de JSF-toestellen als gereed product, dan zou de Luchtvaartindustrie die hogere kosten door een bijdrage voor haar rekening moeten nemen. Met het oog op dit laatste is in de MFO een regeling betreffende de zogenoemde Private Bijdrage opgenomen (de artikelen 2 en 3 MFO).
- 3.8 De Private Bijdrage zou blijkens de MFO bestaan uit een bepaald Percentage van de door de Luchtvaartindustrie te behalen omzet uit opdrachten ter productie of onderhoud van de JSF.
- 3.9 Voor zover van belang voor het onderhavige geschil, bepaalt de MFO als volgt:
- "OVERWEGENDE:
- a. dat de Staat heeft besloten deel te nemen aan de SDD-fase van het JSF-programma;
 - b. dat als gevolg van de deelname door de Staat aan de SDD-fase een deel van de ontwikkelingskosten van de JSF voor rekening van de Staat zal komen;

- c. dat de deelname door de Staat aan de SDD-fase kan leiden tot opdrachten aan de Nederlandse luchtvaartindustrie ter zake van het JSF-programma;
- d. dat de Staat als een van de voorwaarden voor deelname aan de SDD-fase heeft gesteld dat de Luchtvaartindustrie een substantieel deel van de in overweging b. bedoelde kosten voor de Staat van deelname aan de SDD-fase voor haar rekening neemt en dat de Luchtvaartindustrie zich heeft verbonden deze bijdrage onder de in deze overeenkomst neergelegde voorwaarden te voldoen;
- e. dat Partijen op 29 maart 2002 een Letter of Intent hebben afgesloten, waarin Partijen zich hebben verbonden volgens de in de Letter of Intent vastgelegde hoofdlijnen een overeenkomst ter zake van de bijdrage door de Luchtvaartindustrie te sluiten;
- f. dat Partij sub 8 bij brief van 5 juni 2002 aan de Staat heeft toegezegd uiterlijk binnen 30 dagen na ondertekening door de Staat van het Framework Memorandum of Understanding en het bijbehorend supplement tussen de Staat en de VS een betaling aan de Staat te zullen doen van EUR 4.537.602;
- g. dat partijen ter uitvoering van het bepaalde in de Letter of Intent de volledige afspraken omtrent de voldoening van en de voorwaarden voor de in overweging d. bedoelde betaling van de Luchtvaartindustrie wensen vast te leggen;

(...)

Artikel 1. Definities

In deze overeenkomst hebben de navolgende begrippen de volgende betekenis:

1.1 Aanlooperperiode: de zogenaamde Low Rate Initial Production-fase van het JSF-programma.

(...)

1.3 CDP: de "Concept Demonstration Phase" van het JSF-programma;

(...)

1.5 JSF: Joint Strike Fighter;

1.6 Letter of Intent: de tussen Partijen op 29 maart 2002 gesloten "Letter of Intent Medefinanciering JSF";

(...)

1.9 Percentage: het ingevolge het bepaalde in artikel 3.2 en 3.3 vastgestelde percentage;

1.10 Private Bijdrage: het door ieder van Partijen sub 2 tot en met 46 aan de Staat te betalen Percentage van de door de betreffende Partij alsmede door haar Groepsmaatschappijen behaalde Omzet uit Participatie als nader omschreven in artikel 2;

(...)

1.14 SDD-fase: de "System Development and Demonstration"-fase van het JSF-programma;

(...)

Artikel 2. De Private Bijdrage

De Luchtvaartindustrie betaalt aan de Staat een gedeelte van de in overweging b. bedoelde kosten van deelname aan de SDD-fase welke de Staat aan de VS zal betalen. De Private Bijdrage bedraagt voor ieder

van de Partijen sub 2 tot en met 46 het volgens het bepaalde in artikel 3.2 en 3.3 vast te stellen Percentage van de door de betreffende Partij alsmede door haar Groepsmaatschappijen jaarlijks behaalde Omzet uit Participatie. Onder Participatie wordt verstaan:

- 2.1 de uitvoering van overeenkomsten door de Luchtvaartindustrie alsmede haar Groepsmaatschappijen met de VS, de Staat of andere opdrachtgevers, alles in de ruimste zin des woords, ter uitvoering van de Productiefase van het JSF-programma, inclusief de productie van materieel (reservedelen, test en support equipment, documentatie en simulatoren) en de levering van initiële logistieke ondersteuning.
- 2.2 de uitvoering van overeenkomsten tussen de Luchtvaartindustrie alsmede haar Groepsmaatschappijen en de Koninklijke Luchtmacht ter uitvoering van de Supportfase van het JSF-programma.

Artikel 3. Betaling van de Private Bijdrage

- 3.1 Betaling van het Percentage van de Omzet uit Participatie van ieder van de Partijen sub 2 tot en met 46 alsmede hun Groepsmaatschappijen vangt aan in het jaar volgend op het jaar waarin voor het eerst Omzet uit Participatie is behaald (ter vermijding van misverstanden: inclusief Omzet uit Participatie verband houdende met levering van JSF-toestellen geproduceerd tijdens de Aanlooperperiode) en eindigt op 1 juni 2053. (...)
- 3.2 De hoogte van het Percentage wordt voor de periode vanaf de datum van inwerkingtreding van deze overeenkomst tot 1 juli 2008 vastgesteld op 3,5. De hoogte van het Percentage voor de periode van 1 juli 2008 tot en met 31 december 2052 wordt vastgesteld op 1 juli 2008 volgens het bepaalde in artikel 3.3, en blijft na deze vaststelling ongewijzigd. Het Percentage voor de periode van 1 juli 2008 tot en met 31 december 2052 zal, onafhankelijk van het daadwerkelijke verschil tussen de in overweging b. bedoelde kosten van deelname aan de SDD-fase welke de Staat aan de VS zal betalen en het verwachte financiële voordeel uit deelname aan de SDD-fase voor de Staat en onafhankelijk van de daadwerkelijk uit Participatie gerealiseerde Omzet, worden betaald over de Omzet uit Participatie over de periode van 1 juli 2008 tot en met 31 december 2052.
- 3.3 De vaststelling van de hoogte van het Percentage voor de periode van 1 juli 2008 tot en met 31 december 2052 vindt plaats als volgt:
 - 3.3.1 uiterlijk op 1 juli 2008 wordt door de Staat bepaald, hoe groot per 1 juli 2008 het verschil is tussen de in overweging b. bedoelde kosten van deelname aan de SDD-fase welke de Staat aan de VS zal betalen en het verwachte financiële voordeel uit deelname aan de SDD-fase voor de Staat (het Tekort). Het Tekort wordt berekend volgens de navolgende formule:
Tekort = Overheidsbijdrage - Afdrachten -
Ontwikkelingskostenvoordeel - Royaltyvoordeel -
Organisatiekostenvoordeel,
waarbij:

(i) Overheidsbijdrage = A maal B

waarbij:

A gelijk is aan het door de Staat aan de VS tot 1 juli 2008 betaalde alsmede op 1 juli 2008 nog aan de VS te betalen bedrag in USD ter uitvoering van de SDD-fase;

en

B gelijk is aan de gewogen gemiddelde koers van de USD ten opzichte van de Euro, welke gewogen gemiddelde koers wordt bepaald op grond van de daadwerkelijk door de Staat betaalde koers voor betalingen tot 1 juli 2008 en de koers van de USD ten opzichte van de Euro welke op 1 juli 2008 bij de Nederlandsche Bank op grond van een termijncontract kan worden verkregen voor de alsdan resterende door de Staat te verrichten betalingen voor deelname aan de SDD-fase, zulks tenzij de Staat voor de op 1 juli 2008 resterende betaling reeds een termijncontract of termijncontracten heeft afgesloten, in welk geval voor de betreffende USD's de koers van de USD ten opzichte van de Euro geldt zoals in het betreffende termijncontract is overeengekomen;

(ii) Afdrachten = C + D

waarbij:

C gelijk is aan het door de Luchtvaartindustrie in de periode tot 1 juli 2008 reeds verschuldigde deel van de Private Bijdrage, teruggerekend naar prijspeil 2001 met gebruikmaking voor de periode tot 1 januari 2008 van de Inflatie en voor de periode vanaf 1 januari 2008 van een gefixeerd inflatiepercentage van 2, alsmede gediscoteerd met een gefixeerde reële discontovoet van 4% aan de hand van de tijdstippen waarop betaling heeft plaatsgevonden, waarbij het resulterende bedrag wordt uitgedrukt in Euro op basis van een dollarkoers van 1,15 Euro en een koers van het Britse pond van 1,65 Euro;

en

D gelijk is aan de betaling door Partij sub 8 als bedoeld in overweging f, teruggerekend naar prijspeil 2001 met gebruikmaking voor de periode tot 1 januari 2008 van de Inflatie;

(iii) Ontwikkelingskostenvoordeel = E maal F maal G

waarbij:

E gelijk is aan het volgens de Koninklijke Luchtmacht op 1 juli 2008 verwachte aantal door de Staat aan te schaffen JSF-toestellen; dit

aantal zal gelijk zijn aan 85, tenzij de Staat om redenen van een verhoging of verlaging van de aanschafprijs (Unit Recurring Fly Away prijs) van een JSF-toestel, Conventional Take-Off and Landing-variant besluit minder of meer toestellen aan te schaffen, in welk geval E gelijk is aan dit aangepaste aantal aan te schaffen JSF-toestellen. De hierboven bedoelde aanschafprijs bedraagt in prijspeil 2000 Euro 41.400.000; deze aanschafprijs wordt geëscaleerd met de "inflation indices and outlay profile factors" zoals gepubliceerd door het "Naval Center for Cost and Analysis (NCCA)", categorie "Aircraft Procurement Navy (APN)". De vergelijking tussen de aldus geëscaleerde aanschafprijs in Euro en de werkelijke op 1 juli 2008 te verwachten aanschafprijs in USD vindt plaats op basis van de koers van de USD ten opzichte van de Euro welke op 1 juli 2009 bij de Nederlandsche Bank voor een termijncontract met een looptijd van vijf jaar voor het betreffende bedrag kan worden verkregen;

en

F gelijk is aan de per 1 juli 2008 door het Program Office vastgestelde of geraamde totale gemaakte en te maken kosten in USD van de CDP en de SDD-fase, gedeeld door het op 1 juli 2008 op basis van de prognose van het Program Office geraamde totaal aantal geproduceerde en te produceren JSF-toestellen;

en

G gelijk is aan $\frac{1}{2}$, tenzij de Staat of de Luchtvaartindustrie aantoont (waarbij alle alsdan voorliggende relevante feiten en omstandigheden kunnen worden meegenomen, inclusief de op het moment van ondertekening van de Letter of Intent bekende feiten of omstandigheden, mits deze feiten en omstandigheden betrekking hebben op met Nederland vergelijkbare landen) dat op 1 juli 2008 de inzichten van de Staat ten tijde van de inwerkingtreding van de Medefinancieringsovereenkomst, dat de kans dat Nederland door de VS zou worden vrijgesteld van betaling van F indien de Staat JSF-toestellen zou hebben aangeschaft zonder dat de Staat aan de SDD-fase had deelgenomen gelijk is aan 50% behoren te zijn gewijzigd. In dat geval zal G gelijk zijn aan een met deze andere kans overeenkomend deel; (ter

verduidelijking: zou deze andere kan
bijvoorbeeld 25% zijn, zal G gelijk zijn aan
0,75);

en waarbij het resulterende bedrag in USD zal worden
omgerekend naar Euro op basis van de koers van de USD
ten opzichte van de Euro welke op 1 juli 2008 bij de
Nederlandsche Bank voor een termijncontract met een
looptijd van vijf jaar voor het betreffende bedrag kan
worden verkregen;

(iv) Royaltyvoordeel = H maal I maal J,
waarbij:

H gelijk is aan het op 1 juli 2008 op basis van de
prognose van het Program Office geraamde totaal
aantal geproduceerde en te produceren JSF-
toestellen welke zullen worden verkocht aan
anderen dan participanten in de SDD-fase;

en

I gelijk is aan de per 1 juli 2008 op basis van de
vaststelling of prognose van het Program Office
vastgestelde of geraamde totale gemaakte en te
maken kosten van de SDD-fase, gedeeld door het op
1 juli 2008 op basis van de prognose van het
Program Office geraamde totaal aantal
geproduceerde en te produceren JSF-toestellen;

en

J gelijk is aan het totaal van de betalingen in Then
Year Dollars welke de Staat ter zake van deelname
aan de SDD-fase heeft gedaan en zal doen, gedeeld
door de per 1 juli 2008 op basis van de vaststelling
of prognose van het Program Office vastgestelde of
geraamde totale gemaakte en te maken kosten in
Then Year Dollars van de SDD-fase;
en waarbij het resulterende bedrag in USD zal
worden omgerekend naar Euro op basis van de
koers van de USD ten opzichte van de Euro welke
op 1 juli 2008 bij de Nederlandsche Bank voor een
termijncontract met een looptijd van vijf jaar voor
het betreffende bedrag kan worden verkregen;

(v) Organisatiekostenvoordeel = K + L
waarbij:

K gelijk is aan de Foreign Military Sales-toeslag die,
wanneer de Staat niet had deelgenomen aan de
SDD-fase, door de VS geheven zou worden over de
materieelkosten en logistieke ondersteuningskosten
welke deel uitmaken van de initiële contractswaarde
van de door de Staat aan de schaffen JSF-toestellen,
zoals door de Staat per 1 juli 2008 in Euro
vastgesteld aan de hand van de levensduuranalyse
volgens de FEL-SALDO methodiek of de daarvoor
in de plaats getreden door de Staat gehanteerde
andere methodiek;

en

L gelijk is aan de Foreign Military Sales-toeslag die, wanneer de Staat niet had deelgenomen aan de SDD-fase, door de VS geheven zou worden over de instandhoudingskosten van de door de Staat aan te schaffen JSF-toestellen, zoals door de Staat per 1 juli 2008 in Euro vastgesteld aan de hand van de levensduuranalyse volgens de FEL-SALDO methodiek of de daarvoor in de plaats getreden door de Staat gehanteerde andere methodiek.

3.3.2 De volgens het bepaalde in artikel 3.3.1 berekende Overheidsbijdrage, het Ontwikkelingskostenvoordeel, het Royaltyvoordeel en het Organisatiekostenvoordeel worden voor de berekening van het Tekort uitgedrukt in prijspeil 2001. Daartoe worden bedragen teruggerekend van lopende prijzen naar prijspeil 2001, dan wel - indien een bedrag in een constant prijspeil is uitgedrukt van het betreffende prijspeil naar prijspeil 2001, in beide gevallen met gebruikmaking voor de periode tot 1 januari 2008 van de Inflatie en voor de periode vanaf 1 januari 2008 van een gefixeerd inflatiepercentage van 2.

3.3.3 De op de voet van artikel 3.3.2 naar prijspeil 2001 teruggerekende bedragen worden voor de berekening van het Tekort gediscoteerd met een gefixeerde reële discontovoet van 4%. Daarbij worden de volgende vaste uitgangspunten gehanteerd:

- (i) bij de berekening van de Overheidsbijdrage wordt uitgegaan van het betalingsschema op 1 juli 2008 zoals overeengekomen met het Program Office;
- (ii) bij de berekening van het Ontwikkelingskostenvoordeel wordt uitgegaan van de op 1 juli 2008 door de Staat vastgestelde spreiding van aanschaf van het totale aantal JSF-toestellen (artikel 3.3.1 onderdeel iii onder E);
- (iii) bij de berekening van het Royaltyvoordeel wordt uitgegaan van ontvangst van de royalties volgens het op 1 juli 2008 op basis van de prognose van het Program Office vastgestelde schema;
- (iv) bij de berekening van het Organisatiekostenvoordeel wordt uitgegaan van de door de Staat op 1 juli 2008 vastgestelde spreiding en periode van verwerving en instandhouding van de JSF-toestellen.

3.3.4 De hoogte van het Percentage voor de periode van 1 juli 2008 tot en met 31 december 2052 wordt vastgesteld door te berekenen, welk percentage van de vanaf 1 juli 2008 tot en met 31 december 2052 voor de Luchtvaartindustrie alsmede haar Groepsmaatschappijen te verwachten Omzet in lopende prijzen uit Participatie moet worden afgedragen teneinde het op de voet van artikel 3.3.1, 3.3.2 en 3.3.3 berekende Tekort geheel aan

de Staat te voldoen. Onder de te verwachten Omzet als in de vorige zin bedoeld wordt verstaan de Omzet uit op 1 juli 2008 gesloten of redelijkerwijze te verwachten overeenkomsten als bedoeld in artikel 2.1 en 2.2. Ter zake van Omzet uit gesloten of redelijkerwijs te verwachten overeenkomsten als bedoeld in artikel 2.1 met betrekking tot materieel, wordt deze Omzet berekend ingevolge het bepaalde in Bijlage 1. De Omzet uit op 1 juli 2008 gesloten of redelijkerwijze te verwachten overeenkomsten als bedoeld in artikel 2.1 en 2.2 wordt teruggerekend naar prijspeil 2001 met gebruikmaking voor de periode tot 1 januari 2008 van de Inflatie en voor de periode vanaf 1 januari 2008 van een gefixeerd inflatiepercentage van 2 en wordt gedisconteerd met een gefixeerde reële discontovoet van 4%. De discontering vindt plaats op basis van de verdeling van de verwachte Omzet over de periode van 1 juli 2008 tot en met 31 december 2052. De Omzet wordt in Euro uitgedrukt op basis van de koers van de betreffende valuta ten opzichte van de Euro welke op 1 juli 2008 bij de Nederlandsche Bank voor een termijncontract met een looptijd van vijf jaar voor het betreffende bedrag kan worden verkregen.

(...)

Artikel 8 Toepasselijk recht; evaluatie; geschillenbeslechting; geen ontbinding

8.1 Op deze overeenkomst is Nederlands recht van toepassing.

8.2 (...)

8.3 Eventuele geschillen welke uit deze overeenkomst voortvloeien, zullen worden beslecht overeenkomstig het Arbitragereglement van het Nederlands Arbitrage Instituut. Het Scheidsgerecht zal bestaan uit drie arbiters, waarvan één zal worden benoemd door de Staat, één door de Luchtvaartindustrie en de derde arbiter zal worden benoemd door beide aangewezen arbiters. De benoeming door de Staat en door de Luchtvaartindustrie dient binnen een week na aanhangig maken van het geschil plaats te vinden; de benoeming van de derde arbiter door de beide aangewezen arbiters binnen een week nadat zij benoemd zijn. Komen de aangewezen arbiters niet (tijdig) tot overeenstemming omtrent de te benoemen derde arbiter zal deze derde arbiter worden benoemd door de Voorzieningenrechter van de Rechtbank te Den Haag op verzoek van de meest gereede Partij. Het Scheidsgerecht beslist naar de regelen des rechts. De plaats van arbitrage is Den Haag. De procedure zal worden gevoerd overeenkomstig genoemd Arbitragereglement, behoudens het gestelde in de artikelen 8.4, 8.5 en 8.6 van deze medefinancieringsovereenkomst.

8.4 Indien één of meerdere van de Partijen sub 2 tot en met 46 zich niet kunnen verenigen met de berekening door de Staat van het Percentage als bedoeld in artikel 3.3 zullen de betreffende Partijen zulks uiterlijk op 1 augustus 2008 schriftelijk aan de Staat mededelen. Gedurende een periode van ten minste twee

weken voorafgaand aan deze datum zal de Luchtvaartindustrie trachten tot een eensluidend standpunt omtrent de berekening door de Staat van de hoogte van het Percentage te komen. Indien een mededeling als bedoeld in de eerste volzin van dit artikellid niet uiterlijk op 1 augustus 2008 door de Staat is ontvangen, zal het Percentage als berekend door de Staat voor alle Partijen vaststaan en zullen Partijen tegen deze vaststelling geen rechtsmiddelen kunnen aanwenden.

8.5 Indien uiterlijk op 1 augustus 2008 een mededeling als bedoeld in artikel 8.4 door de Staat is ontvangen, zullen de Luchtvaartindustrie en de Staat gedurende een maand trachten overeenstemming te bereiken omtrent de berekening van het Percentage. Is overeenstemming niet binnen deze termijn bereikt, dient een Partij die zich met de berekening van het Percentage niet kan verenigen binnen twee weken na het verstrijken van deze laatste termijn een arbitrage als bedoeld in artikel 8.3 aanhangig te maken. Indien het geschil niet binnen deze periode door een Partij aan arbiters is voorgelegd, zal het Percentage als berekend door de Staat voor die Partij vaststaan en zal de betreffende Partij tegen deze vaststelling geen rechtsmiddelen kunnen aanwenden.

8.6 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.

8.7 Indien alle Partijen tussen wie de berekening van het Percentage in geschil is daarmee instemmen kan, voorafgaande aan een arbitrageprocedure zoals hiervoor beschreven, bemiddeling plaatsvinden overeenkomstig het Minitrage Reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut.

(...)

8.11 Deze medefinancieringsovereenkomst kan uitsluitend worden aangevuld of gewijzigd door een schriftelijk stuk dat door alle Partijen is ondertekend.

(...)"

3.10 De Staat heeft bij brief van 1 juli 2008 (productie L-8) bekend gemaakt dat volgens zijn berekeningen het in de MFO nader gedefinieerde Percentage 10,3% bedraagt. De Staat heeft nadien, bij MvA (5.11 MvA), vermeld dat het Percentage 10,1% bedraagt. Aan die berekening ligt ten grondslag een door de Staat berekend hierna

te noemen Tekort van EUR 302,1 miljoen (5.10 MvA).

3.11 De Luchtvaartindustrie heeft de Staat bij brief van 31 juli 2008 (productie L-10) op de hoogte gesteld van haar bezwaren tegen het door de Staat vastgestelde Percentage.

3.12 Omdat het geschil over het Percentage niet in onderling overleg is opgelost, heeft de Luchtvaartindustrie op 15 december 2008 de onderhavige arbitrage aanhangig gemaakt.

4 **De (grondslag van de) vorderingen van de Luchtvaartindustrie en (de grondslag van) het verweer van de Staat**

4.1 Tegen de achtergrond van de hiervoor weergegeven vaststaande feiten vordert de Luchtvaartindustrie in dit arbitraal geding, met inachtneming van de bij Nadere akte betreffende vorderingen van de Luchtvaartindustrie van 29 mei 2009 aangebrachte wijziging van eis, dat het Scheidsgerecht:

“Primair:

- (i) voor recht verklaart dat het bepaalde omtrent de Private Bijdrage in artikel 3.3 MFO nietig is; dan wel
- (ii) het bepaalde omtrent de Private Bijdrage in artikel 3.3 MFO vernietigt;

Subsidaair:

- (iii) partijen bij arbitraal tussenvonnis veroordeelt tot het gedurende drie weken na het wijzen van het arbitraal tussenvonnis te goeder trouw onderhandelen over de hoogte van het Percentage, daarbij aangevend welke van de acht parameters – kortheidshalve aangeduid als de FMS-toeslag, het aantal exportvliegtuigen, de vrijstellingskans, de ontwikkelingskosten, het betaalschema, de discontovoet, de vertraging van de leveringen van exportvliegtuigen, de dollarkoers – bij de berekening van het Tekort dienen te worden betrokken en op welke wijze, zoals nader uiteengezet in nr. 17 van deze akte en bijlage 3;
- (iv) indien partijen niet binnen drie weken na het wijzen van het arbitraal tussenvonnis aan het Scheidsgerecht te kennen hebben gegeven dat zij hun geschil in der minne hebben opgelost danwel dat zij gezamenlijk van mening zijn dat een oplossing binnen korte tijd redelijkerwijs valt te verwachten, bij arbitraal eindvonnis:
 - a. het Tekort, met inachtneming van de door de Luchtvaartindustrie aangevoerde bezwaren, en het Percentage vaststelt, met dien verstande dat het Percentage niet noodzakelijk op 0% of 10,1% hoeft te worden gesteld en de Omzet, zo nodig met behulp van een deskundigenbericht, wordt bepaald; dan wel
 - b. voor recht verklaart dat het bepaalde in artikel 3.3 MFO slechts kan worden toegepast met inachtneming van alle parameters die van belang zijn voor de berekening van het Tekort (dat wil zeggen inclusief de besparing door deelname aan de IOT&E-fase, de besparing op de kosten

- van de end life update F-16 en het compensatieorderkostenvoordeel); dan wel
- c. op grond van de gewijzigde omstandigheden (imprévision) met terugwerkende kracht de MFO ontbindt voor zover het betreft het bepaalde omtrent de Private Bijdrage in artikel 3.3 MFO, of in de rechtsgevolgen van de MFO wijzigingen aanbrengt, aldus dat de Luchtvaartindustrie niet langer gehouden is de Private Bijdrage te voldoen, althans een Private Bijdrage tegen een substantieel lager – door het Scheidsgerecht in goede justitie te bepalen – Percentage dan door de Staat vastgesteld;
 - d. voor recht verklaart dat toepassing van het bepaalde in artikel 3.3 MFO in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en dat dit daarom buiten toepassing moet blijven, althans slechts kan worden toegepast met inachtneming van alle parameters die van belang zijn voor de berekening van het Tekort (dat wil zeggen inclusief de besparing door deelname aan de IOT&E-fase, de besparing op de kosten van de end life update F-16 en het compensatieorderkostenvoordeel), hetgeen ertoe leidt dat de Private Bijdrage nihil is, althans dat het Percentage – door het Scheidsgerecht in goede justitie vast te stellen – substantieel lager is dan door de Staat vastgesteld.

Primair en subsidiair:

- (v) De Staat te veroordelen in de kosten van de arbitrale procedure, bestaande uit de administratiekosten, het honorarium en verschotten van arbiters en de kosten voor juridische bijstand (art. 56, 57, 58 en 60 NAI Arbitrage Reglement), de laatste post ter grootte van EUR 1.505.058,39).
- 4.2 De Luchtvaartindustrie voert daartoe een zestal, in onderdeel 5 (Beoordeling) achtereenvolgens nader uiteen te zetten en te bespreken juridische gronden aan. Primair is de Luchtvaartindustrie van mening dat het bepaalde in artikel 3 (omtrent de Private Bijdrage) van de MFO in strijd is met de openbare orde en daarom nietig is. Voor het overige zij verwezen naar r.o. 5.1 (Nietigheid van de Private Bijdrage wegens strijd met de openbare orde).
- 4.3 Voorts heeft de Luchtvaartindustrie gemotiveerde bezwaren tegen de wijze waarop de Staat per 1 juli 2008 het Tekort en de Private Bijdrage berekent. De Luchtvaartindustrie verwijt de Staat dat de berekeningen van de Staat onvoldoende zijn onderbouwd, onzorgvuldig en onvolledig zijn. De juridische grondslagen zijn, kort samengevat:
- (i) zorgvuldige toepassing van artikel 3.3 MFO (nader besproken in r.o. 5.2);
 - (ii) redelijke uitleg van de MFO (nader besproken in r.o. 5.3);
 - (iii) onvoorziene omstandigheden (nader besproken in r.o. 5.4);
 - (iv) redelijkheid en billijkheid (nader besproken in r.o. 5.5); en

(v) misbruik van bevoegdheden (nader besproken in r.o. 5.6).

- 4.4 De Luchtvaartindustrie tekent daarbij aan dat de genoemde gronden in zodanige verhouding tot elkaar staan dat een bepaalde grond voor toepassing in aanmerking komt, indien een daaraan voorafgaande verder strekkende grond geheel of gedeeltelijk niet wordt gevolgd.
- 4.5 De Luchtvaartindustrie stelt dat indien de Private Bijdrage niet op 0% wordt gesteld, de Luchtvaartindustrie geen concurrerende offertes zal kunnen uitbrengen en daardoor geen Omzet onder de MFO zal kunnen genereren, hetgeen een marginalisatie van de Luchtvaartindustrie tot gevolg heeft. Naar de mening van de Luchtvaartindustrie leidt een hoge Private Bijdrage tot onaanvaardbare gevolgen en vervalt daarmee in alle opzichten het doel van de MFO.
- 4.6 De Staat heeft al deze grondslagen gemotiveerd weersproken als hierna in r.o. 5.1 tot en met 5.6 nader uiteen te zetten.

5 Beoordeling

5.1 **Nietigheid van de Private Bijdrage wegens strijd met de openbare orde**

- 5.1.1 De Luchtvaartindustrie heeft primair, kort samengevat, gesteld dat de Private Bijdrage een verhaalsmogelijkheid vormt voor de Staat voor kosten die zijn gemaakt bij de uitoefening van een publieke taak en daarom neerkomt op een heffing in materiële zin. Op grond van het legaliteitsbeginsel, neergelegd in artikel 104 Grondwet, is voor die verhaalsmogelijkheid een wettelijke grondslag vereist. Nu deze ontbreekt, is de Private Bijdrage op grond van artikel 3:40 lid 1 Burgerlijk Wetboek nietig wegens strijd met de openbare orde.
- 5.1.2 De Staat heeft, kort weergegeven, tot verweer aangevoerd dat de Private Bijdrage niet verschuldigd is in het kader van de behartiging van een publieke taak, niet is een heffing in de zin van artikel 104 Grondwet en geen onaanvaardbare doorkruising oplevert van het publiekrecht.
- 5.1.3 Het Scheidsgerecht overweegt dat de Staat bij het nemen van een beslissing over het al dan niet aankopen van JSF-vliegtuigen handelt ter uitoefening van zijn – publieke – defensietaak. Geruime tijd voorafgaande aan een eventueel besluit tot aankoop had de Staat in 2002 de keuze tussen hetzij afwachten totdat de JSF geheel zou zijn ontwikkeld en als gereed product door de Amerikaanse regering zou worden aangeboden aan landen die de aankoop van JSF-toestellen overwegen, hetzij deelnemen aan de ontwikkeling van de JSF. In het eerste geval zou de Staat, naar op het tijdstip van de keuze werd verwacht, bij aankoop moeten meebetalen aan de ontwikkelingskosten – de *Non Recurring Costs* – van de JSF; voorts zou de Staat organisatiekosten en daarbij door de Amerikaanse regering te heffen toeslagen moeten betalen. Bij de keuze voor deelneming aan de ontwikkeling zou de Staat worden vrijgesteld van de betaling van (een omslag in) de ontwikkelingskosten, zou de Staat royalty's ontvangen en worden vrijgesteld van (een deel van) de toeslagen die de Amerikaanse overheid heft bij defensieorders;

daartegenover zou de Staat echter wel met een vast, in termijnen te betalen, bedrag moeten meebetalen aan de ontwikkeling. Als de kosten van de ontwikkeling van de JSF zouden tegenvallen, zou het vaste bedrag niet worden verhoogd.

- 5.1.4 Bij het beleid dat de Staat ter zake van de keuze voerde, was het uitgangspunt dat de totale kosten van aanschaf van gereed product – de variant die het Scheidsgerecht in navolging van Partijen verder zal aanduiden als ‘kopen van de plank’ – niet zouden mogen worden overtroffen door het verschil tussen de bij deelname aan de ontwikkeling bovenop de aanschafprijs te betalen vaste omslag in de ontwikkelingskosten – de SDD-bijdrage – verminderd met de voordelen die in dat geval bij aanschaf zouden worden genoten in de vorm van de hiervoor omschreven vrijstelling van *Non Recurring Costs*, vrijstelling van de heffing van bepaalde toeslagen alsmede royalty’s. Kopen en meedoen aan de ontwikkelingsfase – de SDD-fase – mocht niet meer kosten dan ‘kopen van de plank’. Daarnaast zou deelname aan de ontwikkeling voordelen hebben voor de Nederlandse industrie, die in het kader van die ontwikkeling op orders zou kunnen rekenen, zowel gedurende de ontwikkelingsfase als gedurende de daaropvolgende exploitatie- of onderhoudsfase (Supportfase).
- 5.1.5 Als consequentie van dit uitgangspunt nam de Staat het standpunt in dat, als zou blijken dat meedoen aan de ontwikkeling duurder zou uitvallen dan ‘kopen van de plank’, het verschil – Tekort – zou moeten worden betaald door de Luchtvaartindustrie als zijnde degene die uit die keuze voordeel zou trekken.
- 5.1.6 In die fase – eind 2001 tot 5 juni 2002 – was het voor de vervulling van de publiekrechtelijke defensietaak van de Staat om het even of ‘van de plank’ zou worden gekocht of zou worden deelgenomen aan de SDD-fase, ook al wil het Scheidsgerecht aannemen dat de ministeries van Defensie en van Economische Zaken niet neutraal tegenover de keuze stonden; maar het (per definitie eensluidend) uitgedragen regeringsbeleid, luidde dat meedoen aan de SDD-fase niet meer mocht kosten dan ‘kopen van de plank’.
- 5.1.7 In die situatie zijn de Staat en de Luchtvaartindustrie met elkaar onderhandelingen aangegaan om na te gaan in hoeverre meedoen aan de SDD-fase zou leiden tot een Tekort en of de Luchtvaartindustrie bereid was dit Tekort te betalen door een Private Bijdrage, te voldoen door betaling van een Percentage over de JSF-gerelateerde omzet, zowel tijdens de productiefase, als tijdens de Supportfase (Omzet uit Participatie). Ten einde te kunnen vaststellen of en in hoeverre sprake was van een Tekort, stelde de Staat een *business case* op. Deze hield, kort gezegd, in dat het verschil werd berekend tussen het voor het meedoen aan de ontwikkeling (aan de SDD-fase) te betalen bedrag van USD 750 miljoen en de door de Staat erkende voordelen (Ontwikkelingskostenvoordeel, Royaltyvoordeel en Organisatiekostenvoordeel). Omdat de diverse geldstromen zich over een lange reeks van jaren zouden uitstrekken, werden alle bedragen uitgedrukt in het prijspeil van 2001 en in euro. Het nadelig verschil werd aangeduid als het Tekort.
- 5.1.8 In de onderhandeling was het uitgangspunt van de Staat dat de Luchtvaartindustrie

als belanghebbende bij het verkrijgen van orders in de SDD-fase en de daarna volgende Supportfase dit Tekort voor haar rekening moest nemen in de vorm van een Private Bijdrage. Het resultaat van die onderhandelingen leidde op 29 maart 2002 tot de ondertekening door de Staat en de Luchtvaartindustrie van een *Letter of Intent* en op 5 juni 2002 van een medefinancieringsovereenkomst (MFO).

- 5.1.9 De door de Staat gekozen constructie hield in dat de Staat bij deelname aan de SDD-fase door betaling van USD 750 miljoen een gedeelte van de aankoop van de JSF-toestellen voorfinancierde en de extra kosten van die voorfinanciering (ten opzichte van 'kopen van de plank') zou terugontvangen. Deels zou die terugontvangst plaatsvinden door verrekening van de drie genoemde voordelen (Ontwikkelingskostenvoordeel, Royaltyvoordeel en Organisatiekostenvoordeel) en voor het resterende deel (Tekort) door ontvangst van het Percentage over de Omzet uit Participatie, waarmee de Luchtvaartindustrie het Tekort zou betalen. In die zin werd de Luchtvaartindustrie medefinancier.
- 5.1.10 Het Scheidsgerecht is van oordeel dat de Staat bij het sluiten van een overeenkomst met privaatrechtelijke ondernemingen over medefinanciering door die ondernemingen als in r.o. 5.1.9 bedoeld, deelneemt aan het economisch verkeer op een wijze die wordt beheerst door het privaatrecht. De overeenkomst die de Staat ter zake met de Luchtvaartindustrie heeft gesloten is dan ook, geheel in overeenstemming met de naam die Partijen aan deze overeenkomst hebben gegeven, een medefinancieringsovereenkomst. De daaruit voortvloeiende Private Bijdrage is een bijdrage in privaatrechtelijke zin en geen heffing. Op deze grond kan dus niet worden aangenomen dat het bedingen van de Private Bijdrage nietig is wegens strijd met de openbare orde.
- 5.1.11 Blijft de vraag of de Staat met het sluiten van deze overeenkomst niet een in enige wettelijke regeling voorziene bijdrageregeling doorkruist. De Luchtvaartindustrie heeft ten processe deze vraag aanvankelijk niet opgeworpen. Zij was aanvankelijk van mening dat ook zonder doorkruising de Private Bijdrage gelijk op een heffing en als zodanig moet worden beschouwd.
- 5.1.12 Bij pleidooi heeft de Luchtvaartindustrie echter alsnog aangevoerd dat de Private Bijdrage een doorkruising oplevert van de Wet op de omzetbelasting 1968 en dat het bedingen daarvan (ook) op deze grond strijdig is met de openbare orde. Het Scheidsgerecht verwerpt deze stelling. Het enkele feit dat de Private Bijdrage over de ondernemingen die tezamen worden aangeduid als de Luchtvaartindustrie, wordt berekend als percentage van de Omzet uit Participatie van die ondernemingen, levert geen doorkruising op van de in de Wet op de omzetbelasting 1968 geregelde algemene belasting op de levering of export van goederen en diensten. De Wet op de omzetbelasting 1968 is een algemene belastingwet en voorziet de Staat van algemene middelen ter financiering van alle mogelijke taken die de Staat verricht. Deze wet verleent de Staat geen specifieke bestuurlijke bevoegdheden met een daaraan gerelateerd financieel instrumentarium, dat doorkruist zou kunnen worden door een Private Bijdrage als

percentage van de Omzet uit Participatie overeen te komen.

- 5.1.13 Het beroep van de Luchtvaartindustrie op nietigheid van de Private Bijdrage wegens strijd met de openbare orde faalt derhalve.

5.2 Zorgvuldige toepassing van artikel 3.3 MFO

- 5.2.1 De Luchtvaartindustrie heeft bezwaren aangevoerd tegen

- (i) de wijze waarop de Staat de herberekening van het Tekort en de Private Bijdrage heeft uitgevoerd, en
- (ii) de wijze waarop de Staat de in artikel 3.3 MFO opgenomen parameters ter berekening van het financiële voordeel heeft gehanteerd (MvE 106).

De Luchtvaartindustrie heeft aangevoerd (MvE 52) dat zij de MFO niet zou hebben ondertekend als zij had geweten dat de herijking zo beperkt moest worden ingevuld.

- 5.2.2 De Staat heeft gesteld (MvA 3.19) en de Luchtvaartindustrie heeft niet weersproken dat de onderhandelingen hebben plaatsgevonden tussen professionele partijen voorzien van deskundige bijstand.

- 5.2.3 De Luchtvaartindustrie heeft over de wijze waarop de Staat de herberekening van het Tekort en de Private Bijdrage heeft uitgevoerd, aangevoerd dat de Staat geen openheid heeft gegeven over de door hem toegepaste waarderingsmethoden, waarderingsgrondslagen en gemaakte aannames en keuzes; inzichtelijke onderbouwing en motivering van de herberekening zouden ontbreken (MvE 107).

- 5.2.4 De Luchtvaartindustrie meent voorts dat de Staat bij zijn herberekening op onvoldoende wijze rekening heeft gehouden met de belangen van de Luchtvaartindustrie (MvE 108).

- 5.2.5 Om deze bezwaren en de gegrondheid daarvan te beoordelen is het allereerst nodig vast te stellen wat Partijen over de herberekening van het Tekort en de Private Bijdrage zijn overeengekomen en welke betekenis en inhoud moet worden toegekend aan de parameters die Partijen zijn overeengekomen. Daarbij komt in elk geval grote betekenis toe aan de navolgende documenten die door Partijen in het geding zijn gebracht:

- (1) de verschillende ontwerpen voor en de op 29 maart 2002 ondertekende versie van de *Letter of Intent* (productie L-4);
- (2) de brief (per fax verzonden) van het Netherlands Industrial Fighter Aircraft Replacement Forum ("NIFARP") aan het Ministerie van Economische Zaken van 6 maart 2002 (productie L-27 en S-8);
- (3) de brief van het Ministerie van Economische Zaken aan NIFARP van 6 maart 2002 (productie L-5);
- (4) het verslag van 5 april 2002 van het notaoverleg van 2 april 2002 TK 2001-2002, 26 488, nr. 12 (productie S-13);

- (5) de Medefinancieringsovereenkomst (MFO) van 5 juni 2002 (productie L-2).

Daarnaast hebben Partijen zich beroepen op openbare documenten, zoals Kamerstukken.

- 5.2.6 Het *Department of Defense* van de Verenigde Staten had de regeringen van een aantal landen, waaronder de Nederlandse regering, de mogelijkheid geboden om tegen betaling van een bedrag deel te nemen aan de ontwikkelingsfase – aanvankelijk *Engineering and Manufacturing Development*, later *System Development and Demonstration* ofwel SDD-fase – van de JSF, waartegenover bij aankoop en exploitatie van de JSF de in r.o. 5.1.3 vermelde voordelen zouden staan. Daarnaast waren er mogelijk andere voordelen. Deze voordelen zouden niet genoten worden wanneer de Staat zou besluiten de JSF na de ontwikkeling van deze toestellen ‘van de plank’ te kopen zonder aan de ontwikkeling te hebben bijgedragen. Beoogd werd te bereiken dat deelname aan de ontwikkeling tegen de door de Verenigde Staten verlangde betaling (gevolgd door de aanschaf van de toestellen) niet duurder zou uitvallen – ‘de belastingbetaler niet meer geld zou kosten’ – dan ‘kopen van de plank’, in welk geval de hiervoor genoemde voordelen de Staat zouden ontgaan.
- 5.2.7 Om te kunnen berekenen in hoeverre deelname aan de SDD-fase al dan niet duurder zou uitvallen dan ‘kopen van de plank’ heeft de Staat, zoals in r.o. 5.1.7 overwogen, een zogenoemde *business case* opgesteld. Uit deze *business case* bleek dat deelname aan de SDD-fase zou leiden tot een nadelig verschil bij deelname aan de SDD-fase ten opzichte van ‘kopen van de plank’ van NLG 421 miljoen ofwel € 191.041.470. Dit nadelig verschil, Tekort genaamd, zou door de Luchtvaartindustrie vergoed moeten worden door betaling aan de Staat van de Private Bijdrage in de vorm van het Percentage over de Omzet uit Participatie. Daarbij is uitgegaan van een aantal uitgangspunten die zijn genoemd in het eerste ontwerp van een *Letter of Intent* die met dagtekening 24 januari 2002 tussen Partijen is uitgewisseld.
- 5.2.8 Vervolgens is de *business case* neergelegd in een formule waarvan de parameters tussen Partijen zijn besproken en daarna schriftelijk zijn vastgelegd in ontwerpen voor de *Letter of Intent*, daterend van 1, 7 en 22 maart 2002, en vervolgens tussen Partijen zijn overeengekomen in de op 29 maart 2002 ondertekende *Letter of Intent* en de op 5 juni 2002 ondertekende MFO, die op dit punt – de formule – identiek is aan de *Letter of Intent* van 29 maart 2002.
- 5.2.9 De *business case*, die volgens een mededeling van de toenmalige minister van Financiën, drs. G. Zalm, aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal op 2 april 2002 tijdens een notaoverleg (productie S-13), was opgesteld door het Centraal Planbureau, gaf op basis van een aan de Verenigde Staten te betalen bedrag van USD 750 miljoen tegen een koers van USD 1 = EUR 1 en de gebruikte parameters Ontwikkelingsvoordeel, Royaltyvoordeel, Organisatiekostenvoordeel, een kans van 50% dat aan andere (met Nederland vergelijkbare) landen dan de bij de SDD-fase

betrokken landen bij koop 'van de plank' alsnog vrijstelling van de bijdrage in de ontwikkelingskosten zou worden verleend, alsmede een bepaalde discontovoet en een bepaalde inflatiefactor, een Tekort aan van EUR 191 miljoen contante waarde per 2001. Andere parameters of uitgangspunten dan de hiervoor genoemde, zoals voordelen uit hoofde van de economische effecten, zijn bij de berekening van de *business case* buiten beschouwing gelaten (productie S-13, blz. 63, middelste kolom).

- 5.2.10 Alvorens deze *business case* op 8 februari 2002 aan de Luchtvaartindustrie is voorgelegd, had de Staat deze *business case* herberekend op basis van USD 1 = EUR 1,15, waarna het Tekort uitkwam op EUR 233 miljoen. Om het Tekort toch op de aanvankelijke EUR 191 miljoen te houden, zou het Ministerie van Economische Zaken een bedrag van EUR 42 miljoen als subsidie bijdragen.
- 5.2.11 De Luchtvaartindustrie heeft de *business case* op 8 februari 2002 aanvaard, maar bleef van mening dat de Staat een aantal parameters te voorzichtig en te conservatief – dus ten nadele van de Luchtvaartindustrie – had geschat. Op grond van deze overtuiging was zij niet bereid om het uit de *business case* voortvloeiende Tekort van EUR 191 miljoen en het daaruit weer voortvloeiende Percentage van 3,5 dat zij over de Omzet uit Participatie zou moeten betalen, definitief te aanvaarden voor de gehele looptijd van de te sluiten MFO tot 1 januari 2053. De Luchtvaartindustrie bedong dat per 1 juli 2008 een herberekening van de *business case* zou plaatsvinden. De Staat heeft hierin bewilligd en de formule van de *business case* nauwkeurig in de *Letter of Intent* doen opnemen als herberekeningsformule per 1 juli 2008. Voor de Staat waren ook voor de herberekening van de *business case* per 1 juli 2008 uitsluitend de in de *business case* gebruikte uitgangspunten en parameters aanvaardbaar en dus relevant.
- 5.2.12 Na de bespreking tussen de Staat en de Luchtvaartindustrie op 6 maart 2002 van het ontwerp van de *Letter of Intent* van 1 maart 2002, waarin voor het eerst de herberekeningsformule per 1 juli 2008, zoals deze op 29 maart en 5 juni 2002 zou worden overeengekomen, was opgenomen, bleek de Luchtvaartindustrie van oordeel dat de Staat was afgeweken van de afspraken die op 8 februari 2002 waren gemaakt en zond zij per fax een brief aan het Ministerie van Economische Zaken (directeur-generaal voor Ondernemingsklimaat, mr. E.J. de Vries) (productie L-27, S-8), dat daarop op dezelfde dag per brief (productie L-5) antwoordde.
- 5.2.13 De Luchtvaartindustrie heeft op grond van deze brief betoogd (MvE 49) dat de Staat heeft toegezegd dat de *business case* per 1 juli 2008 alsnog (en volledig) zou worden herberekend en dat bij deze herberekening alle alsdan relevante parameters voor de berekening van het financiële voordeel van deelname aan de SDD-fase alsnog zouden worden meegewogen, welke toezegging volgens de Luchtvaartindustrie ook aansloot bij de gedachte dat deelname aan de SDD-fase niet duurder mocht zijn dan 'kopen van de plank'. De Staat heeft daartegenover betoogd (MvA 2.25) dat andere voordelen, zoals het eventueel genereren van arbeidsplaatsen, innovatie en technische ontwikkeling en de effecten van 'spin-off'

en 'spill-over' bij de totstandkoming van de MFO wel zijn voorzien, maar geen onderdeel van de *business case* zijn gemaakt. Deze factoren zijn, aldus de Staat, destijds expliciet onderkend als niet-kwantificeerbare voordelen. Ook was op voorhand duidelijk dat zich belastingvoordelen zouden voordoen als de Luchtvaartindustrie door deelname aan de SDD-fase omzet zou verkrijgen, maar er was bewust besloten de *business case* te beperken tot de genoemde parameters.

5.2.14 Voor zover de Luchtvaartindustrie met het in hiervoor in r.o. 5.2.13 weergegevene, in het bijzonder met de woorden "en volledig", "alle alsdan relevante" en "alsnog" heeft willen betogen dat de parameters in de overeengekomen formule niet limitatief zijn opgesomd en dat daarnaast ook andere, niet in de *Letter of Intent* en de MFO genoemde factoren en parameters zouden moeten worden meegewogen, stelt het Scheidsgerecht vast:

- (1) het NIFARP heeft op 6 maart 2002 aan het Ministerie van Economische Zaken (directeur-generaal voor Ondernemingsklimaat, mr. E.J. de Vries) een brief geschreven (productie L-27, S-8) met daarin een opsomming van de zes volgens de stellige mening van het NIFARP in zijn brief van 6 maart 2002 overeengekomen "uitgangspunten en aannames" waarop de Private Bijdrage van EUR 191 miljoen, te voldoen door betaling van 3,5% van JSF-gerelateerde productie, waarna "in 2008 gekeken zal worden of de uitgangspunten en aannames waarop bovengenoemde bijdrage gebaseerd is in de praktijk correct bleken, waarop 'for better and for worse' eventuele aanpassing van de industriële bijdrage (hoger of lager) overeengekomen/uitonderhandeld zal worden";
- (2) het Ministerie van Economische Zaken (directeur-generaal voor Ondernemingsklimaat, mr. E.J. de Vries) heeft deze opsomming kunnen en mogen begrijpen als een verwijzing naar de in de *Letter of Intent* opgenomen parameters, en niet meer dan dat (behoudens dat het bedrag van EUR 191 miljoen niet als maximum zou gelden van de Private Bijdrage die door een percentage over de JSF-gerelateerde omzet zou worden betaald, en de koers inmiddels was herzien op USD 1 = EUR 1,15, waardoor het Tekort al was opgelopen tot EUR 233 miljoen, waarvan op dat ogenblik het Ministerie van Economische Zaken het verschil met EUR 191 miljoen ad EUR 42 miljoen in de vorm van subsidie voor zijn rekening zou nemen);
- (3) de Luchtvaartindustrie had kunnen en dus moeten begrijpen dat het Ministerie van Economische Zaken (directeur-generaal voor Ondernemingsklimaat, mr. E.J. de Vries) in zijn brief van 6 maart 2002 (productie L-5) met "alle relevante parameters", die in 2008 "opnieuw zullen worden doorgerekend en alle relevante parameters door Partijen in de beschouwingen zullen worden betrokken" uitsluitend heeft bedoeld de parameters (uitgangspunten en aannames) waarop de *business case* was gebaseerd en die alle een plaats hadden gekregen in de in het ontwerp van de *Letter of Intent* van 1 maart 2002 opgenomen formule (die uiteindelijk in

definitieve vorm is opgenomen in de ondertekende *Letter of Intent* van 29 maart 2002 en de daarmee op dit punt geheel overeenstemmende MFO.

Het woordgebruik “in de beschouwingen betrekken van alle relevante parameters” biedt derhalve in de gegeven onderhandelingsfase, waarin reeds was besloten aan welke uitgangspunten en aannames wel en aan welke uitgangspunten of veronderstellingen voor de *business case* geen betekenis was toegekend, geen ruimte voor een gerechtvaardigde veronderstelling dat in 2008 alsnog betekenis toegekend zou worden aan niet in de *Letter of Intent* opgenomen parameters. De briefwisseling biedt daarom geen grond voor de veronderstelling dat de uitgangspunten en aannames van de *business case* en de dienovereenkomstige parameters in de herberekeningsformule die per 1 juli 2008 zou worden toegepast, niet limitatief waren opgesomd en per 1 juli 2008 aangevuld zouden kunnen worden met andere, niet in de herberekeningsformule opgenomen aannames en uitgangspunten.

- 5.2.15 Daarenboven vond op 2 april 2002 een overleg plaats van de vaste commissies voor Defensie, voor Economische Zaken en voor Financiën en de commissie voor de Rijksuitgaven met minister De Grave van Defensie, staatssecretaris Van Hoof van Defensie, minister Jorritsma-Lebbink van Economische Zaken en minister Zalm van Financiën over de vervanging van de F-16 (productie S-13), waarin tot in detail op de *letter of intent*, de herberekeningsformule en de achtergronden werd ingegaan. Beide Partijen hebben naar dit overleg verwezen en daaruit geciteerd (de Luchtvaartindustrie bij pleidooi). In dat overleg zijn de bovengenoemde ministers en staatssecretaris uitvoerig ingegaan op de achtergronden, de wijze van totstandkoming, de bedoelingen en de uitleg van de inmiddels op 29 maart 2002 ondertekende *Letter of Intent*. Op een vraag (productie S-13, blz. 52, linker kolom):

“Het gaat mij niet om de getallen, maar om de feitelijke uitgangspositie in 2008. Praten wij in die situatie alleen over de hoogte van het percentage om het gat te dekken in de business case of het restant ervan, of gaan die onderhandelingen in feite nog verder dan de huidige punten die in de letter of intent staan? Met andere woorden: is die letter of intent onderhandelbaar?”

antwoordt de minister van Economische Zaken A. Jorritsma-Lebbink (productie S-13, blz. 52, linker kolom):

“Nee. Wij beginnen dan niet opnieuw. Er is afgesproken dat wij daarmee op dezelfde manier als nu aan de slag gaan.”

Ook uit de uiteenzettingen van de minister van Financiën Zalm kan slechts de slotsom worden getrokken dat de herberekening per 1 juli 2008 uitsluitend plaatsvindt op basis van de overeengekomen formule en de daarin limitatief vermelde parameters, die dezelfde zijn als de uitgangspunten en aannames op grond waarvan de *business case* is opgesteld. Zo zegt hij (productie S-13, blz. 60, middelste kolom):

“Over de aantallen is dan [1 juli 2008, *Scheidsgerecht*] meer duidelijkheid, evenals over de dollarkoers. Er is meer duidelijkheid over waivers, omdat er dan aanschafcontracten zijn. Omdat er veel meer kennis is, kan die berekening beter gemaakt worden. Dan zal blijken of het meer of minder dan 3,5% wordt. (...)”

Uit de in deze passage met name genoemde parameters blijkt dat het op 1 juli 2008 gaat om een herberekening van de *business case* op basis van de in de *Letter of Intent* overeekomen formule, en dat andere factoren, die in de *business case* en de formule buiten beschouwing zijn gebleven, niet alsnog in de berekening zullen worden betrokken.

- 5.2.16 Voor zover de Luchtvaartindustrie bij de ondertekening van de *Letter of Intent* toch in de veronderstelling mocht hebben verkeerd dat per 1 juli 2008 bij de herberekening van de Private Bijdrage ook andere uitgangspunten, aannames of parameters dan die welke zijn vermeld in de formule van artikel 3.3.1 MFO, in aanmerking zouden moeten worden genomen of door de Luchtvaartindustrie bij de Staat zouden kunnen worden ingebracht, kon er bij haar na kennisneming van het op 2 april 2002 tijdens het notaoverleg besprokene (waarvan het verslag reeds op 5 april 2002 was vastgesteld), geen twijfel meer bestaan dat zulks in de opvatting van de Staat niet het geval was.
- 5.2.17 Niet is gesteld of gebleken dat de Luchtvaartindustrie tussen 2 april 2002 en de dag van ondertekening van de MFO – 5 juni 2002 – met de Staat in onderhandeling is getreden om alsnog en buiten de herberekeningsformule om te komen tot een verruiming van de factoren die in aanmerking genomen zouden moeten worden bij de herberekening van het Tekort per 1 juli 2008. De Luchtvaartindustrie heeft op 5 juni 2002 de MFO ondertekend met daarin in artikel 3 dezelfde herberekeningsformule en dezelfde parameters en bepalingen als in de *Letter of Intent* van 29 maart 2002. Ter zitting van 15 mei 2009 is door de Staat meegedeeld en door de Luchtvaartindustrie niet weersproken dat in de periode tussen de ondertekening van de *Letter of Intent* en de ondertekening van de MFO naast de door de Staat (in MvA 3.19) gestelde professionele bijstand van de Luchtvaartindustrie, die tot dan toe was verleend door bedrijfsjuridische en andere deskundigen van tot de Luchtvaartindustrie behorende ondernemingen, ook bijstand is verleend door één of meer advocaten. Het zou, als de Luchtvaartindustrie discrepantie aanwezig achtte tussen de uitleg die zij gaf aan de door haar op 29 maart 2002 ondertekende *Letter of Intent* en de uitleg die de betrokken ministers en staatssecretaris daaraan op 2 april 2002 hadden gegeven, toch voor de hand hebben gelegen dat de Luchtvaartindustrie de onderhandelingen had trachten te heropenen en gepoogd zou hebben de herijkingsformule in de MFO in onderling overleg te wijzigen.
- 5.2.18 Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen verwerpt het Scheidsgerecht de stelling van de Luchtvaartindustrie dat zij, zo zij ten tijde van de ondertekening van de MFO had geweten dat de herijking zo beperkt moest worden ingevuld, de MFO niet, althans niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben ondertekend

(MvE 52). Op de vraag van de voorzienbaarheid van de stijging van het Tekort en daarmee van de Private Bijdrage en het Percentage komt het Scheidsgerecht nader terug.

5.2.19 Voor de beoordeling van de vraag of de Staat artikel 3.3 MFO zorgvuldig heeft toegepast, beoordeelt het Scheidsgerecht de vaststelling van de waarden van de parameters aan de hand van artikel 3.3 MFO, gelet op hetgeen Partijen daarover in dit geding hebben aangevoerd.

5.2.20 De Luchtvaartindustrie klaagt (MvE 120) dat de Staat tijdens de totstandkoming van de herberekening de Luchtvaartindustrie op geen enkele wijze bij de herberekening heeft betrokken. Hieromtrent overweegt het Scheidsgerecht dat artikel 3.3.1 MFO luidt dat de Staat op uiterlijk 1 juli 2008 bepaalt hoe groot per 1 juli 2008 het verschil is tussen de kosten van deelname aan de SDD-fase welke de Staat aan de VS zal betalen en het verwachte financiële voordeel uit deelname aan de SDD-fase voor de Staat (het Tekort). Artikel 8.4, eerste volzin, MFO luidt:

“Indien één of meerdere van de Partijen sub 2 tot en met 46 [*de Luchtvaartindustrie, Scheidsgerecht*] zich niet kunnen verenigen met de berekening door de Staat van het Percentage als bedoeld in artikel 3.3 zullen de betreffende Partijen zulks uiterlijk op 1 augustus 2008 schriftelijk aan de Staat mededelen. (...)”

Daarna volgt een periode van één maand waarin de Luchtvaartindustrie en de Staat zullen trachten overeenstemming te bereiken omtrent de berekening van het Percentage. Deze aldus tussen Partijen overeengekomen procedure van herberekening door de Staat, termijn van indiening van een mededeling door de Luchtvaartindustrie dat deze zich niet met die berekening kan verenigen, en een periode waarbinnen Partijen zullen trachten overeenstemming te bereiken, houdt naar het oordeel van het Scheidsgerecht in dat aan de Staat het recht toekwam tot eenzijdige (met inachtneming van de overeengekomen herberekeningsformule) herberekening per 1 juli 2008 van het Tekort, zonder de Luchtvaartindustrie daarbij vóór 1 juli 2008 reeds te betrekken.

5.2.21 De herberekeningsformule luidt (artikel 3.3.1 MFO, zie r.o. 3.9 hiervoor):

Tekort = Overheidsbijdrage – Afdrachten –
Ontwikkelingskostenvoordeel – Royaltyvoordeel –
Organisatiekostenvoordeel.

5.2.22 Ten aanzien van de uitleg van wat onder de in de herberekeningsformule opgenomen definities moet worden verstaan, is het Scheidsgerecht van oordeel dat deze definities uitgelegd moeten worden op basis van de taalkundige betekenis van de daarin gebruikte bewoordingen, nu het, zoals de Staat heeft aangevoerd en de Luchtvaartindustrie niet heeft betwist, hier gaat om:

“partijen, die op financieel en juridisch gebied een aanzienlijke deskundigheid bezitten en die ervoor hebben gekozen een uiterst gedetailleerde regeling met elkaar overeen te komen over de berekening van het Tekort op 1 juli 2008. (...)” (MvA 7.4).

Wat de formulering van de berekeningswijze van het Tekort per 1 juli 2008 betreft, geldt dit in het bijzonder, getuige de verklaring van minister van Financiën Zalm tijdens het notaoverleg op 2 april 2002:

“Het is allemaal opgesteld door de landsadvocaat, dus het is juristentaal. Een sluitende business case is, zij het in juristentermen, in de letter of intent vastgelegd.” (productie S-13, blz. 60, linker kolom).

Vervolgens heeft de Luchtvaartindustrie, die in die fase ook door één of meer advocaten ter zijde werd gestaan, aanvaard dat de definities in de herberekeningsformule in artikel 3.3 MFO ongewijzigd bleven.

- 5.2.23 De Staat en de Luchtvaartindustrie hebben geen feiten aangevoerd die, indien bewezen, aannemelijk maken dat de definities in een andere betekenis dan de boven genoemde moeten worden opgevat.
- 5.2.24 De Overheidsbijdrage is gelijk aan A maal B, waarbij (zie artikel 3.3.1 onder (i) MFO, als aangehaald in r.o. 3.9 hiervoor):
- A gelijk is aan het door de Staat aan de VS tot 1 juli 2008 betaalde alsmede op 1 juli 2008 nog aan de VS te betalen bedrag in USD ter uitvoering van de SDD-fase;
 - en
 - B gelijk is aan de gewogen gemiddelde koers van de USD ten opzichte van de Euro, welke gewogen gemiddelde koers wordt bepaald op grond van de daadwerkelijk door de Staat betaalde koers voor betalingen tot 1 juli 2008 en de koers van de USD ten opzichte van de Euro welke op 1 juli 2008 bij de Nederlandsche Bank op grond van een termijncontract kan worden verkregen voor de alsdan resterende door de Staat te verrichten betalingen voor deelname aan de SDD-fase, zulks tenzij de Staat voor de op 1 juli 2008 resterende betaling reeds een termijncontract of termijncontracten heeft afgesloten, in welk geval voor de betreffende USD's de koers van de USD ten opzichte van de Euro geldt zoals in het betreffende termijncontract is overeengekomen.
- 5.2.25 De Staat heeft A berekend op USD 750 miljoen, welk bedrag niet is betwist en dus tussen Partijen vaststaat.
- 5.2.26 Voor B heeft de Staat voor de gehele periode van juli 2002 tot juli 2012, waarin de betaling van het bedrag van USD 750 miljoen deels heeft plaatsgevonden en deels zal plaatsvinden een koers van USD 1 = EUR 1,05587 aangehouden, welke koers overeenstemt met de koers die de Staat ingevolge een op 20 juni 2002 gesloten termijncontract daadwerkelijk heeft betaald voor de gehele reeks van betalingen aan de Verenigde Staten gedurende de periode van juli 2002 tot juli 2012, waarin de Staat de SDD-bijdrage van USD 750 miljoen aan de Verenigde Staten betaalt.
- 5.2.27 De Luchtvaartindustrie heeft tegen de toepassing van deze uit het termijncontract van 20 juni 2002 voortvloeiende koers van USD 1 = EUR 1,05587 bezwaren aangevoerd:

- (i) de Staat miskent dat op grond van het bepaalde in artikel 3.3.1 onder (i)(B) MFO voor het bepalen van de toepasselijke dollarkoers onderscheid moet worden gemaakt tussen de betalingen van de Staat tot 1 juli 2008 en de betalingen van de Staat na 1 juli 2008;
- (ii) het hanteren van een vaste dollarkoers onder een termijncontract voor alle betalingen van de Staat aan de Amerikaanse overheid in het kader van deelname aan de SDD-fase is in strijd met een redelijke uitleg van artikel 3.3.1 onder (i)(B) MFO;
- (iii) de Staat miskent het hypothetische vergelijkingskarakter van de *business case*; en
- (iv) in de gegeven omstandigheden kan de Staat in redelijkheid niet de negatieve gevolgen van het eenzijdig door de Staat afgesloten dollartermijncontract volledig op de Luchtvaartindustrie afwentelen (MvE 152).

5.2.28 De Staat heeft daartegenover aangevoerd dat de MFO bepaalt dat voor de betalingen tot 1 juli 2008 moet worden gerekend met de daadwerkelijk betaalde dollarkoers. Dat ligt ook voor de hand (en verklaart het verschil met de koers die voor betalingen na 1 juli 2008 wordt gebruikt), omdat die betalingen al zijn verricht op het moment dat het Tekort wordt berekend. De daadwerkelijk door de Staat betaalde dollarkoers is – gegeven het gesloten termijncontract – de termijnkoers (MvA 6.13); voorts heeft de Staat aangevoerd dat de stelling van de Luchtvaartindustrie dat de Staat haar zou hebben moeten informeren over het aangaan van het termijncontract, geen hout snijdt. Als dit voor de Luchtvaartindustrie een zo belangrijk punt was, had het op haar weg gelegen bij de Staat daarnaar te vragen. Gezien de uitdrukkelijke bepaling in de MFO dat met de eventuele termijnkoers gerekend zou worden, kon de Luchtvaartindustrie op zijn minst het aangaan van een dergelijk contract verwachten.

5.2.29 Bij pleidooi en bij Antwoordakte van 12 juni 2009 (3.6) heeft de Staat aangevoerd dat de Luchtvaartindustrie terdege op de hoogte was van het feit dat de Staat een termijncontract zou (kunnen) aangaan, dat de Luchtvaartindustrie op de hoogte was van het voornemen van de Staat om een termijncontract te sluiten, althans dat zij rekening hield met de mogelijkheid dat de Staat daartoe zou overgaan.

5.2.30 Het Scheidsgerecht stelt hieromtrent het volgende vast. Onder B wordt, gelijk ook de Staat zelf heeft aangevoerd, onderscheid gemaakt tussen twee perioden, die van juli 2002 tot 1 juli 2008 en die van 1 juli 2008 tot en met de laatste betaling in juli 2012. Voor de eerste periode luidt de formulering (zie r.o. 3.9 hiervoor) dat B:

“gelijk is aan de gewogen gemiddelde koers van de USD ten opzichte van de Euro, welke gewogen gemiddelde koers wordt bepaald op grond van de daadwerkelijk door de Staat betaalde koers voor betalingen tot 1 juli 2008 (...)”

Voor de tweede periode luidt de formulering:

“de koers van de USD ten opzichte van de Euro welke op 1 juli 2008 bij de Nederlandsche Bank op grond van een termijncontract kan worden verkregen voor de alsdan resterende door de Staat te verrichten betalingen voor deelname aan de SDD-fase (...)”

Daarna volgt de toevoeging:

“zulks tenzij de Staat voor de op 1 juli 2008 resterende betaling reeds een termijncontract of termijncontracten heeft afgesloten, in welk geval voor de betreffende USD's de koers van de USD ten opzichte van de Euro geldt zoals in het betreffende termijncontract is overeengekomen.”

5.2.31 De verwijzing in het slot van de definitie naar een termijncontract of termijncontracten heeft taalkundig uitsluitend betrekking op de op 1 juli 2008 resterende betalingen, omdat:

1. door het gebruik van het woord “zulks” in plaats van “een en ander” uitsluitend verwezen is naar het onmiddellijk aan dit woord voorafgaande zinsdeel en niet tevens naar het daaraan voorafgaande nevenschikte zinsdeel, en
2. in die verwijzing slechts gewag wordt gemaakt van een termijncontract of termijncontracten voor de op 1 juli 2008 resterende betaling(en).

Voor de eerste periode is in de MFO niet verwezen naar een termijncontract. De Staat heeft gesteld dat de koers die is betaald volgens het termijncontract de daadwerkelijk door de Staat betaalde koers voor betalingen tot 1 juli 2008 is. Het Scheidsgerecht stelt vast dat die werkelijk betaalde koers voor alle betalingen tot 1 juli 2008 de vaste termijnkoers is geweest, terwijl de definitie voorschrijft dat het om de gewogen gemiddelde koers gaat. Dat houdt in dat voor de onderscheidene termijnbedragen met onderling ongelijke koersen moet worden gerekend, waarvan dan het gewogen gemiddelde moet worden berekend. Van een gewogen gemiddelde koers kan slechts sprake zijn als het gaat om betalingen van verschillende grootte met onderling verschillende wisselkoersen. Dat sluit een vaste termijnkoers, waarvan geen (gewogen) gemiddelde hoeft te worden berekend, uit. Voor alle duidelijkheid voegt het Scheidsgerecht hieraan toe dat met gewogen gemiddelde niet is verwezen naar het tijdsverloop tussen de termijnbetalingen, want de wijze waarop de Overheidsbijdrage volgens artikel 3.3.1 MFO moet worden uitgedrukt in het prijspeil van 2001, is geregeld in artikel 3.3.2 MFO.

5.2.32 Het Scheidsgerecht is op deze grond van oordeel dat de formulering onder B geen ruimte biedt om als dollarkoers, zonder onderscheid tussen de eerste (tot 1 juli 2008) en de tweede (na 1 juli 2008) periode de koers van één termijncontract voor alle betalingen, gesloten voorafgaand aan de eerste betaling, in rekening te brengen. Weliswaar zijn in het op 20 juni 2002 gesloten termijncontract ook de na

1 juli 2008 te verrichten betalingen begrepen, maar dat is niet een termijncontract dat is gesloten voor de op 1 juli 2008 resterende betalingen, maar een termijncontract dat is gesloten voor alle betalingen, van juli 2002 af. Juist wanneer de Staat reeds tijdens de onderhandelingen over de *Letter of Intent* of later over de MFO het voornemen had gehad alle dollarbetalingen die hij uit hoofde van deelname aan de SDD-fase zou moeten verrichten te dekken door één of meer te sluiten termijncontracten, zou het voor de hand gelegen hebben de bepaling onder B anders te formuleren, bijvoorbeeld als volgt:

“gelijk is aan de koers van de USD ten opzichte van de Euro die de Staat voor de betalingen van juli 2002 tot en met juli 2012 uit hoofde van één of meer gesloten termijncontracten betaalt, dan wel, indien de Staat zodanige termijncontracten niet sluit, gelijk is aan de gewogen gemiddelde koers van de USD ten opzichte van de Euro, welke gewogen gemiddelde koers wordt bepaald op grond van de daadwerkelijk door de Staat betaalde koers voor betalingen tot 1 juli 2008 en de koers van de USD ten opzichte van de Euro welke op 1 juli 2008 bij de Nederlandsche Bank op grond van een termijncontract kan worden verkregen voor de alsdan resterende door de Staat te verrichten betalingen voor deelname aan de SDD-fase, zulks tenzij de Staat voor de op 1 juli 2008 resterende betaling reeds een termijncontract of termijncontracten heeft gesloten, in welk geval voor de desbetreffende USD's de koers van de USD ten opzichte van de Euro geldt zoals in het desbetreffende termijncontract is overeengekomen.”

5.2.33 Vervolgens resteert de vraag of moet worden aangenomen dat de Luchtvaartindustrie in afwijking van de MFO heeft aanvaard dat voor de Overheidsbijdrage gedurende de gehele periode van juli 2002 tot en met juli 2012 een termijnkoers zou gelden van een in of omstreeks juni of juli 2002 door de Staat gesloten termijncontract. De Staat heeft hieromtrent gesteld dat de Luchtvaartindustrie bekend was met het feit dat de Staat zijn totale uitgaven zou afdekken door een termijncontract, waarvan haar gebleken was uit een brief aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 8 april 2002, en dat de Luchtvaartindustrie, na het bekend worden van de koers waartegen de Staat op 20 juni 2002 (dus na de ondertekening van de MFO) een termijncontract had gesloten, daarop verheugd had gereageerd. De Staat heeft van deze volgens de Staat niet weersproken stellingen gespecificeerd bewijs aangeboden, in dier voege dat de Luchtvaartindustrie op de hoogte was van het voornemen van de Staat om een termijncontract te sluiten (i), althans rekening hield met de mogelijkheid dat de Staat daartoe zou overgaan (ii) of zeer kort na het sluiten van de MFO wist dat de Staat een termijncontract was aangegaan (iii).

5.2.34 Hieromtrent overweegt het Scheidsgerecht dat de omstandigheid, indien bewezen, dat de Luchtvaartindustrie op de hoogte was van het voornemen van de Staat een termijncontract te sluiten, dan wel rekening hield met de mogelijkheid dat zulks zou geschieden, dan wel na de ondertekening van de MFO wist dat een de Staat een termijncontract was aangegaan (en daarop zelfs verheugd zou hebben

gereageerd), niet inhoudt dat de Luchtvaartindustrie daardoor zou hebben aanvaard dat de Overheidsbijdrage zou worden berekend in afwijking van de daaromtrent in de MFO opgenomen en door partijen aanvaarde formule. Dit nog afgezien van het feit dat de MFO ingevolge artikel 8.11 MFO uitsluitend kan worden aangevuld of gewijzigd door een schriftelijk stuk dat door alle Partijen is ondertekend.

- 5.2.35 Op deze gronden verwerpt het Scheidsgerecht de stelling dat de door de Staat aangevoerde bekendheid van de Luchtvaartindustrie met de mogelijkheid of waarschijnlijkheid van het sluiten van een termijncontract of de wetenschap van de Luchtvaartindustrie dat een termijncontract is gesloten, van invloed is op de wijze waarop de Overheidsbijdrage volgens de MFO moet worden berekend. Het bewijsaanbod wordt als niet ter zake dienend verworpen.
- 5.2.36 Nu het Scheidsgerecht de berekening van B, zoals door de Staat verricht, verwerpt en als gevolg daarvan voor de periode tot 1 juli 2008 niet kan worden teruggerepen op de daadwerkelijk betaalde koers, zoals onder B voorzien, moet de Overheidsbijdrage nader worden vastgesteld, waarbij voor B voor de eerste periode geldt de gewogen gemiddelde koers van de USD ten opzichte van de Euro, welke gewogen gemiddelde koers wordt bepaald op grond van de koersen voor de betalingen van juli 2002 tot 1 juli 2008 die golden op de betaaldata volgens het betalingsschema zoals overeengekomen met het Program Office. In dit verband stelt het Scheidsgerecht vast dat de Staat de berekening heeft uitgevoerd op basis van de werkelijke betaaldata en dat de Staat zowel bij pleidooi als in Bijlage 1 bij de Antwoordakte van 12 juni 2009 (verklaring verschil tussen berekening Luchtvaartindustrie en berekening Staat in Scenario 7) stelt dat het aanhouden van het overeengekomen betaalschema een negatief effect heeft op de contante waarde van de SDD-bijdrage. Het Scheidsgerecht is niettemin van oordeel dat zulks in strijd is met artikel 3.3.3 onder (i) MFO, waarin is bepaald dat bij de berekening van de Overheidsbijdrage wordt uitgegaan van het betalingsschema op 1 juli 2008 zoals overeengekomen met het Program Office. Het Scheidsgerecht is daarom van oordeel dat dit betalingsschema moet worden gevolgd.
- 5.2.37 Het Scheidsgerecht verwijst voor de in de MFO overeengekomen gewogen gemiddelde koers van de USD ten opzichte van de Euro voor de betalingen tot 1 juli 2008 volgens de in r.o.5.2.36 vastgestelde criteria naar Scenario 10 in productie 3 bij de Nadere akte betreffende vorderingen van de Luchtvaartindustrie van 29 mei 2009 en de reactie daarop van de Staat in Bijlage 1 bij zijn Antwoordakte van 12 juni 2009. Uit de opstelling in Scenario 10 van de Luchtvaartindustrie en de reactie op Scenario 10 van de Staat blijkt dat beide Partijen het erover eens zijn dat deze gewogen gemiddelde koers is USD 1 = EUR 0,8239.
- 5.2.38 Voor de betalingen ná 1 juli 2008 geldt de koers van de USD ten opzichte van de Euro welke op 1 juli 2008 bij De Nederlandsche Bank op grond van een termijncontract kon worden verkregen voor de alsdan resterende door de Staat te verrichten betalingen voor deelname aan de SDD-fase ofwel USD 1 =

EUR 0,65424.

5.2.39 Het bedrag van de Afdrachten, gelijk aan C plus D, staat onbetwist tussen Partijen vast en bedraagt EUR 4,2 miljoen.

5.2.40 Het Ontwikkelingskostenvoordeel is gelijk aan E maal F maal G, waarbij (zie artikel 3.3.1 onder (iii) MFO, aangehaald in r.o. 3.9):

E gelijk is aan het volgens de Koninklijke Luchtmacht op 1 juli 2008 verwachte aantal door de Staat aan te schaffen JSF-toestellen; dit aantal zal gelijk zijn aan 85, tenzij de Staat om reden van een verhoging of verlaging van de aanschafprijs (Unit Recurring Fly Away prijs) van een JSF-toestel, Conventional Take-Off and Landing-variant besluit minder of meer toestellen aan te schaffen, in welk geval E gelijk is aan dit aangepaste aantal aan te schaffen JSF-toestellen. De hierboven bedoelde aanschafprijs bedraagt in prijspeil 2000 Euro 41.400.000; deze aanschafprijs wordt geëscaleerd met de "inflation indices and outlay profile factors" zoals gepubliceerd door het "Naval Center for Cost and Analysis (NCCA)", categorie "Aircraft: Procurement Navy (APN)". De vergelijking tussen de aldus geëscaleerde aanschafprijs in Euro en de werkelijke op 1 juli 2008 te verwachten aanschafprijs in USD vindt plaats op basis van de koers van de USD ten opzichte van de Euro welke op 1 juli 2008 bij de Nederlandsche Bank voor een termijncontract met een looptijd van vijf jaar voor het betreffende bedrag kan worden verkregen;

en

F gelijk is aan de per 1 juli 2008 door het Program Office vastgestelde of geraamde totale gemaakte en te maken kosten in USD van de CDP en de SDD-fase, gedeeld door het op 1 juli 2008 op basis van de prognose van het Program Office geraamde totaal aantal geproduceerde en te produceren JSF-toestellen;

en

G gelijk is aan $\frac{1}{2}$, tenzij de Staat of de Luchtvaartindustrie aantoont (waarbij alle alsdan voorliggende relevante feiten en omstandigheden kunnen worden meegenomen, inclusief de op het moment van ondertekening van de Letter of Intent bekende feiten en omstandigheden, mits deze feiten en omstandigheden betrekking hebben op met Nederland vergelijkbare landen) dat op 1 juli 2008 de inzichten van de Staat ten tijde van de inwerkingtreding van de Medefinancieringsovereenkomst, dat de kans dat Nederland door de VS zou worden vrijgesteld van betaling van F indien de Staat JSF-toestellen zou hebben aangeschaft zonder dat de Staat aan de SDD-fase had deelgenomen gelijk is aan 50%, behoren te zijn gewijzigd. In dat geval zal G gelijk zijn aan een met deze andere kans overeenkomend deel; (ter verduidelijking: zou deze andere kans bijvoorbeeld 25% zijn, zal G gelijk zijn aan 0,75).

5.2.41 De Staat heeft voor E het aantal van 85 aangehouden. Dit aantal is niet betwist en staat derhalve tussen Partijen vast.

- 5.2.42 Voor **F** is de Staat uitgegaan van het door het Program Office opgegeven bedrag van USD 39.997. De Luchtvaartindustrie is van oordeel dat dit bedrag te laag geraamd is en beroept zich daarbij op een rapport van het *United States Government Accountability Office* GAO-09-303 van maart 2009, waarin tot een hoger bedrag aan ontwikkelingskosten wordt geconcludeerd. Het Scheidsgerecht is van oordeel dat Partijen zijn overeengekomen dat de Staat uitgaat van de door het Program Office vastgestelde of geraamde totale gemaakte en te maken kosten in USD van de (in artikel 1 MFO gedefinieerde, zie r.o. 3.9 hiervoor) CDP en de SDD-fase, en dat de Staat dit gedaan heeft, zodat in de berekening ten rechte het bedrag van USD 39.997 is toegepast. Voorts is de Staat uitgegaan van in totaal 4.500 te produceren JSF-toestellen. Ook dit aantal heeft de Staat ontleend aan de prognose van het Program Office van het geraamde totaal aantal geproduceerde en te produceren JSF-toestellen. De Luchtvaartindustrie heeft gesteld dat dit aantal 4.728 moet zijn en heeft zich daarbij mede beroepen op een brief van de Algemene Rekenkamer van 25 november 2008 aan de minister van Economische Zaken (productie L-38). In een brief van de minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 24 maart 2009 betreffende voormelde brief van de Algemene Rekenkamer (productie L-40) wijst deze erop dat het Joint Strikefighter Program Office verschillende soorten ramingen kent en dat het getal van 1.555 exporttoestellen voorkomt in de *high estimate*, terwijl Nederland sinds 2002 formeel de *likely estimate* heeft aangehouden. Volgens deze *likely estimate* van het Joint Strikefighter Program Office moet worden uitgegaan van 1.390 exporttoestellen. Het Scheidsgerecht concludeert dat het totaal aantal te produceren JSF-toestellen volgens de *likely estimate* 4.500 bedraagt en dat dit getal onder F moet worden aangehouden.
- 5.2.43 Voor **G** is de Staat uitgegaan van het ongewijzigde getal $\frac{1}{2}$. De Luchtvaartindustrie heeft omstandig betoogd dat deze factor ten onrechte niet op 1 is gesteld. Zij betoogt dat dit getal reeds in 2002 niet realistisch was en bewust conservatief was geschat. Zij verwijt de Staat onder andere dat deze niet heeft ingestemd met het voorstel van de Luchtvaartindustrie om onder supervisie van de Staat een gezamenlijk verzoek te richten tot de Amerikaanse overheid om het beleid van de Amerikaanse overheid op het punt van de Ontwikkelingskosten te toetsen. De Luchtvaartindustrie verbindt hieraan de conclusie dat de Staat daardoor de Luchtvaartindustrie niet in staat heeft gesteld haar standpunt dat de factor $G = \frac{1}{2}$ niet realistisch is, nader te onderbouwen. Nu de Luchtvaartindustrie zelf geen toegang heeft tot de Amerikaanse overheid, is het aan de Staat om het tegendeel aan te tonen.
- 5.2.44 Het Scheidsgerecht overweegt hieromtrent dat uit overgelegde producties, onder andere productie S-13, blijkt dat de factor G in 2002 bewust conservatief is vastgesteld, omdat de Staat zich niet rijk wilde rekenen. Weliswaar was toen het uitdrukkelijke standpunt van de Amerikaanse regering dat aan exportlanden die de JSF 'van de plank' zouden kopen geen vrijstelling (*waiver*) van de betaling van ontwikkelingskosten zou worden verleend, maar niettemin wenste de Staat

rekening te houden met een kans van 50% dat zulks ten tijde van de totstandkoming van afnamecontracten door met Nederland vergelijkbare landen alsnog zou gebeuren.

5.2.45 Het Scheidsgerecht stelt vast dat de Staat deze kans op vrijstelling van het eerste ontwerp voor een *Letter of Intent* af in de berekening van de *business case* heeft opgenomen en dat de Luchtvaartindustrie deze kans heeft aanvaard. De vraag of de Amerikaanse regering aan dit standpunt – geen vrijstelling van de betaling van ontwikkelingskosten bij ‘kopen van de plank’ – zal vasthouden of niet, kan pas worden beantwoord zodra over aankoop ‘van de plank’ wordt onderhandeld. Een dergelijke onderhandeling is de proef op de som. Als gevolg van de vertraging in de ontwikkeling van de JSF is nog niet over aankoop ‘van de plank’ onderhandeld, althans zijn er geen verkoopovereenkomsten gesloten waaruit zou kunnen blijken of de Amerikaanse regering bij het standpunt van 2002 blijft. Als gevolg van die vertraging kon de proef op de som niet worden genomen. Intussen is er voor de Amerikaanse regering geen enkele reden om, nog voordat onderhandelingen over aankoop ‘van de plank’ zijn begonnen, te laten blijken dat zij wel bereid zou zijn een vrijstelling van betaling van ontwikkelingskosten te verlenen. Zou een dergelijke bereidheid al bestaan, dan zal dat naar redelijkerwijs moet worden aangenomen, pas in de loop van daadwerkelijke onderhandelingen blijken. Zolang onderhandelingen over verkoop ‘van de plank’ niet zijn begonnen – en die waren op 1 juli 2008 niet begonnen – blijft het standpunt van de Amerikaanse regering, zoals ook uit documenten blijkt, ongewijzigd. Dat zou naar het oordeel van het Scheidsgerecht ook de uitkomst zijn van een gezamenlijk verzoek aan de Amerikaanse overheid om het beleid van de Amerikaanse overheid op het punt van de Ontwikkelingskosten te toetsen. Er doet zich dus geen omstandigheid voor die ertoe moet leiden dat op 1 juli 2008 de inzichten van de Staat ten tijde van de inwerkingtreding van de Medefinancieringsovereenkomst, dat de kans dat Nederland door de VS zou worden vrijgesteld van betaling van Ontwikkelingskosten indien de Staat JSF-toestellen zou hebben aangeschaft zonder dat de Staat aan de SDD-fase had deelgenomen gelijk is aan 50%, behoren te zijn gewijzigd.

5.2.46 Het Royaltyvoordeel is gelijk aan H maal I maal J, waarbij (zie artikel 3.3.1 onder (iv) MFO, aangehaald in r.o. 3.9):

H gelijk is aan het op 1 juli 2008 op basis van de prognose van het Program Office geraamde totaal aantal geproduceerde en te produceren JSF-toestellen welke zullen worden verkocht aan anderen dan participanten in de SDD-fase;

en

I gelijk is aan de per 1 juli 2008 op basis van de vaststelling of prognose van het Program Office vastgestelde of geraamde totale gemaakte en te maken kosten van de SDD-fase, gedeeld door het op 1 juli 2008 op basis van de prognose van het Program Office geraamde totaal aantal geproduceerde en te produceren JSF-toestellen;

en

J gelijk is aan het totaal van de betalingen in Then Year Dollars welke de Staat ter zake van deelname aan de SDD-fase heeft gedaan en zal doen, gedeeld door de per 1 juli 2008 op basis van de vaststelling of prognose van het Program Office vastgestelde of geraamde totale gemaakte en te maken kosten in Then Year Dollars van de SDD-fase.

- 5.2.47 De Staat heeft het totaal aantal te produceren JSF-toestellen dat zal worden verkocht aan anderen dan participanten in de SDD-fase, zoals bedoeld onder H, overeenkomstig de van het Program Office ontvangen *likely estimate* vastgesteld op 1.390. Het Scheidsgerecht heeft reeds onder r.o. 5.2.42 gemotiveerd waarom dit aantal juist is.
- 5.2.48 De Staat heeft voor I op basis van de vaststelling of prognose van het Program Office de vastgestelde of geraamde totale gemaakte en te maken kosten van de SDD-fase naar prijspeil 2001 berekend op USD 35.674 miljoen en op basis van de prognose van het Program Office het geraamde totaal aantal geproduceerde en te produceren JSF-toestellen gesteld op 4.500. Dit laatste getal is, zoals in r.o. 5.2.42 gemotiveerd, juist.
- 5.2.49 De Staat heeft voor J het totaal van de betalingen in *Then Year Dollars* die de Staat ter zake van deelname aan de SDD-fase heeft gedaan en zal doen, gesteld op 800. Dit bedrag is niet betwist en staat dus tussen Partijen vast. Op basis van de vaststelling of prognose van het Program Office van de vastgestelde of geraamde totale gemaakte en te maken kosten in *Then Year Dollars* van de SDD-fase heeft de Staat voor deze kosten TY USD 40.140 miljoen in de berekening opgenomen. Dat de Staat bij de bepaling van de totale gemaakte en te maken kosten uitgaat van de van het Program Office ontvangen opgaven, is, naar het Scheidsgerecht in r.o. 5.2.42 gemotiveerd heeft, juist.
- 5.2.50 Het Organisatiekostenvoordeel is gelijk aan K plus L, waarbij (zie artikel 3.3.1 onder (v) MFO, aangehaald in r.o. 3.9):

K gelijk is aan de Foreign Military Sales-toeslag die, wanneer de Staat niet had deelgenomen aan de SDD-fase, door de VS geheven zou worden over de materieelkosten en logistieke ondersteuningskosten welke deel uitmaken van de initiële contractswaarde van de door de Staat aan te schaffen JSF-toestellen, zoals door de Staat per 1 juli 2008 in Euro vastgesteld aan de hand van de levensduuranalyse volgens de FEL-SALDO methodiek of de daarvoor in de plaats getreden door de Staat gehanteerde andere methodiek;

en

L gelijk is aan de Foreign Military Sales-toeslag die, wanneer de Staat niet had deelgenomen aan de SDD-fase, door de VS geheven zou worden over de instandhoudingskosten van de door de Staat aan te schaffen JSF-toestellen, zoals door de Staat per 1 juli 2008 in Euro vastgesteld aan de hand van de levensduuranalyse volgens

de FEL-SALDO methodiek of de daarvoor in de plaats getreden door de Staat gehanteerde andere methodiek.

- 5.2.51 De gegevens die de Staat voor de berekening van K heeft gebruikt en de berekening van K zijn niet betwist en staan tussen Partijen vast.
- 5.2.52 Ten aanzien van L heeft de Luchtvaartindustrie betoogd dat de FMS-toeslag ten onrechte niet is toegepast op de exploitatiefase en dit betoog met een gepresenteerde cijferreeks geconcretiseerd. De Staat heeft dit betoog bestreden. Nadat de Luchtvaartindustrie in productie 3 bij haar Nadere akte betreffende vorderingen van de Luchtvaartindustrie van 29 mei 2009 haar herberekening van de FMS-toeslag ad 4,4747% bij het Organisatiekostenvoordeel in de exploitatiefase (Supportfase) als Scenario 2 nogmaals had overgelegd, heeft de Staat daarop in Bijlage 1 bij zijn Antwoordakte van 12 juni 2009 gemotiveerd gereageerd en verklaard dat het verschil tussen de berekening van de Staat en die van de Luchtvaartindustrie berust op een vereiste dollarkoerscorrectie, die de Luchtvaartindustrie in haar berekening achterwege had gelaten. Het Scheidsgerecht is op grond van de door de Staat bij Scenario 2 in Bijlage 1 bij de Antwoordakte van 12 juni 2009 gegeven verklaring van het verschil tussen de berekening van de Staat en de berekening van de Luchtvaartindustrie van oordeel dat de berekening van de Staat juist is.
- 5.2.53 Voor de berekening van het Tekort zijn naast de hiervoor besproken parameters van belang het inflatiepercentage en de discontovoet die bij de terugrekening naar het prijspeil van 2001 in aanmerking moeten worden genomen. Daarentrent is in de MFO bepaald:
- “3.3.2 De volgens het bepaalde in artikel 3.3.1 berekende Overheidsbijdrage, het Ontwikkelingskostenvoordeel, het Royaltyvoordeel en het Organisatiekostenvoordeel worden voor de berekening van het Tekort uitgedrukt in prijspeil 2001. Daartoe worden bedragen teruggerekend van lopende prijzen naar prijspeil 2001, dan wel - indien een bedrag in een constant prijspeil is uitgedrukt - van het betreffende prijspeil naar prijspeil 2001, in beide gevallen met gebruikmaking voor de periode tot 1 januari 2008 van de Inflatie en voor de periode vanaf 1 januari 2008 van een gefixeerd inflatiepercentage van 2.
- 3.3.3 De op de voet van artikel 3.3.2 naar prijspeil 2001 teruggerekende bedragen worden voor de berekening van het Tekort gedisconteerd met een gefixeerde reële discontovoet van 4% (...).”
- 5.2.54 De op de voet van artikel 3.3.2 naar prijspeil 2001 teruggerekende bedragen worden voor de berekening van het Tekort gedisconteerd met een gefixeerde reële discontovoet van 4% (...).”Over de door de Staat toegepaste inflatievoet bestaat geen geschil.
- 5.2.55 De Luchtvaartindustrie heeft met een beroep op artikel 6:258 Burgerlijk Wetboek betoogd dat de discontovoet van 4% moet worden herzien, omdat de Staat sinds

maart 2007 bij kosten-batenanalyses een risicovrije, reële discontovoet toepast van 2,5%. Bij de terugrekening naar het prijspeil van 2001 voor bedragen die over een periode van na maart 2007 teruggerekend moeten worden, zou volgens de Luchtvaartindustrie over de periode tot maart 2007 een discontovoet van 2,5% moeten gelden en over de periode van maart 2007 tot 2001 de overeengekomen 4%. De Staat heeft daartegenover aangevoerd dat Partijen in de MFO een gefixeerde reële discontovoet zijn overeengekomen en dat wijziging van de te eniger tijd door de Staat toe te passen disconteringsvoet geen onvoorziene omstandigheid is.

- 5.2.56 Het Scheidsgerecht zal op de toepasselijkheid van artikel 6:258 BW nader ingaan bij de bespreking van de desbetreffende vordering van de Luchtvaartindustrie, maar stelt in het kader van de systematische behandeling van de herberekeningsformule van de MFO nu vast dat bij een looptijd van een overeenkomst van vijftig jaar voorzienbaar is dat een op het tijdstip van sluiten van die overeenkomst geldende discontovoet tijdens de looptijd wijziging zal ondergaan. Bij gebreke van aanwijzingen van het tegendeel moet daarom worden aangenomen dat Partijen, door in de MFO overeen te komen dat wordt gediscoteerd met een gefixeerde reële discontovoet van 4%, in de kans op wijziging van de discontovoet hebben voorzien. Daarmee hebben Partijen discussie over de hoogte van de discontovoet in geval van wijziging daarvan, uitgesloten.
- 5.2.57 Op grond van hetgeen het Scheidsgerecht in r.o. 5.2.21 tot en met r.o. 5.2.56 heeft overwogen komt het Scheidsgerecht ten aanzien van de berekening van het Tekort tot de slotsom dat de Staat de Overheidsbijdrage onjuist en alle overige factoren van de formule waarmee het Tekort per 1 juli 2008 herberekend moest worden, juist heeft vastgesteld en berekend.
- 5.2.58 Het Scheidsgerecht verwijst naar Scenario 10 in productie 3 bij de Nadere akte betreffende vorderingen van de Luchtvaartindustrie van 29 mei 2009 en de reactie van de Staat op Scenario 10 in Bijlage J van de Antwoordakte van 12 juni 2009. Het Scheidsgerecht stelt op grond daarvan vast dat Partijen het erover eens zijn dat bij berekening van de Overheidsbijdrage met een gewogen gemiddelde koers van de USD ten opzichte van de Euro voor betalingen tot 1 juli 2008 van USD 1 = EUR 0,8239 en een koers van USD ten opzichte van de Euro voor betalingen na 1 juli 2008 van USD 1 = EUR 0,65424 en ongewijzigde toepassing van de door de Staat bij zijn herberekening per 1 juli 2008 aangehouden parameters het Tekort uitkomt op EUR 157,1 miljoen. Het Scheidsgerecht stelt dienovereenkomstig het Tekort vast op EUR 157,1 miljoen.
- 5.2.59 De Staat heeft de Omzet blijkens bladzijde 8 van de Toelichting bij de brief van de minister van Economische Zaken van 1 juli 2008 aan alle MFO-partijen (productie L-8) doen berekenen door het Nederlands Instituut voor Vliegtuigontwikkeling en Ruimtevaart (NIVR). Onder Omzet wordt in de MFO (zo is in artikel 3.3.4 daarvan bepaald) verstaan de Omzet uit op 1 juli 2008 gesloten of redelijkerwijze te verwachten overeenkomsten als bedoeld in de artikelen 2.1 en

2.2 MFO. Ter zake van Omzet uit gesloten of redelijkerwijs te verwachten overeenkomsten als bedoeld in artikel 2.1 MFO met betrekking tot materieel, wordt deze Omzet berekend ingevolge het bepaalde in Bijlage 1 van de MFO. De artikelen 2.1 en 2.2 MFO luiden:

- “2.1 de uitvoering van overeenkomsten door de Luchtvaartindustrie alsmede haar Groepsmaatschappijen met de VS, de Staat of andere opdrachtgevers, alles in de ruimste zin des woords, ter uitvoering van de Productiefase van het JSF-programma, inclusief de productie van materieel (reservedelen, test en support equipment, documentatie en simulatoren) en de levering van initiële logistieke ondersteuning; en
- 2.2 de uitvoering van overeenkomsten tussen de Luchtvaartindustrie alsmede haar Groepsmaatschappijen en de Koninklijke Luchtmacht ter uitvoering van de Supportfase van het JSF-programma.”

- 5.2.60 De Luchtvaartindustrie heeft tegen de wijze van berekening van de Omzet uit Participatie door de Staat bezwaren aangevoerd. Deze bezwaren zijn onder andere:
- (i) de door het NIVR berekende totale verwachte Omzet lijkt niet representatief voor de werkelijk totale verwachte omzet van de Luchtvaartindustrie in het kader van het JSF-project;
 - (ii) het NIVR heeft blijkbaar abusievelijk de door de Luchtvaartindustrie buiten Nederland te behalen omzet meegenomen in de herberekening;
 - (iii) het NIVR geeft in het rapport zelf aan dat zijn inschatting van de totale verwachte Omzet conservatief is;
 - (iv) het NIVR heeft in zijn bepaling van de Omzet geen rekening gehouden met de nochtans minimale offsetverplichtingen van partijen als Lockheed Martin, Pratt & Whitney en het Fighter Engine Team; en
 - (v) bij de berekening van de totale verwachte Omzet heeft de Staat de verwachte Omzet in het kader van de Supportfase om onduidelijke redenen niet meegenomen (MvE 240).
- 5.2.61 De Staat heeft daartegenover gesteld dat de berekening door het NIVR is geschied in overleg met de Luchtvaartindustrie. Dit instituut heeft de resultaten van de studie in opdracht van het ministerie van Economische Zaken voor het bepalen van de Omzet uit Participatie in het Joint Strikefighter Programma volgens de procedure van de MFO neergelegd in een rapport dat als bijlage van de brief van het Ministerie van Economische Zaken aan alle MFO-partijen van 1 juli 2008 is overgelegd (productie L-8).
- 5.2.62 Het Scheidsgerecht onderkent de moeilijkheid die het gevolg is van de omstandigheid dat de omzetgegevens van de ondernemingen die bij de MFO zijn betrokken en die als collectiviteit worden aangeduid met de Luchtvaartindustrie, commercieel vertrouwelijk zijn en dus geheim moeten blijven voor zowel de Staat,

als elk van de andere ondernemingen die als collectiviteit worden aangeduid als de Luchtvaartindustrie. Die omstandigheid maakt een uitwisseling van gegevens betreffende de omzetten uit participatie van de bij de ondernemingen die partij zijn bij de MFO onmogelijk en daardoor een gezamenlijke bepaling van de Omzet uit Participatie evenzeer niet mogelijk. Om uit dit dilemma te geraken heeft de Luchtvaartindustrie verzocht haar toe te laten het juiste cijfer van de Omzet uit Participatie door middel van een deskundigenbericht te bewijzen. De Staat heeft daarop gereageerd met de stelling dat, zo er sprake zou zijn van een deskundigenbericht, dit opgesteld zou moeten worden door deskundigen die het Scheidsgerecht benoemt.

- 5.2.63 Alvorens omtrent het al dan niet toelaten tot bewijs of het bevelen van een deskundigenbericht te beslissen, beoordeelt het Scheidsgerecht het geschil tussen de Staat en de Luchtvaartindustrie omtrent de Omzet uit Participatie van de Luchtvaartindustrie alsmede haar Groepsmaatschappijen ter uitvoering van de Supportfase van het JSF-programma.
- 5.2.64 De Luchtvaartindustrie neemt het standpunt in dat de verwachte toekomstige omzet uit de Supportfase ten onrechte niet is meegerekend bij de bepaling van de Omzet uit Participatie. De Staat heeft aangevoerd dat ingevolge artikel 2.2 MFO voor de Supportfase alleen relevant is de uitvoering van overeenkomsten tussen de Luchtvaartindustrie en de Koninklijke Luchtmacht. Omdat zodanige Omzet niet wordt verwacht, is de berekening van het NIVR volgens de Staat juist. Tijdens de pleidooien is gebleken dat geen overeenkomsten tussen de Koninklijke Luchtmacht en de Luchtvaartindustrie worden verwacht als gevolg van een in ontwikkeling zijnde *Performance Based Logistic* systeem.
- 5.2.65 Het Scheidsgerecht overweegt hieromtrent dat noch uit de tekst van de MFO noch uit de door de Staat gegeven toelichting blijkt dat voor het meetellen van de Omzet tijdens de Supportfase van enige relevantie is wie de feitelijke opdrachtgever is. Als de Staat besluit tot aankoop van de JSF, zal de Koninklijke Luchtmacht de gebruiker zijn en dus de rechtstreeks belanghebbende bij onderhoud tijdens de exploitatie. Niet is gesteld of gebleken welke omstandigheid de Omzet in de Supportfase diskwalificeert als Omzet waarover het Percentage moet worden betaald dat de Luchtvaartindustrie moet betalen om uiteindelijk de Private Bijdrage te voldoen, wanneer de onderhoudsovereenkomsten tijdens de Supportfase niet rechtstreeks door de Koninklijke Luchtmacht als opdrachtgeefster worden gesloten, maar door buitenlandse leveranciers ten behoeve van de Koninklijke Luchtmacht als gebruikster. Niet is gesteld of gebleken dat met de vermelding van de Koninklijke Luchtmacht als de contractuele wederpartij bij de in artikel 2.2. MFO bedoelde overeenkomsten, is beoogd de Omzet tijdens de Supportfase niet te laten meetellen, indien de overeenkomsten met de Luchtvaartindustrie voor onderhoud ten behoeve van Koninklijke Luchtmacht door een andere partij dan de Koninklijke Luchtmacht zelf zouden worden gesloten. Voor de Luchtvaartindustrie is het uiteraard van belang dat Omzet tijdens de Supportfase meetelt, omdat dit

leidt tot een lager Percentage (over meer Omzet). De Staat heeft bij het sluiten van de MFO ingestemd met het systeem waarbij de Private Bijdrage zou worden gespreid over zowel de Omzet verband houdende met levering van JSF-toestellen geproduceerd tijdens de Aanlooperperiode, als de Omzet tijdens de Supportfase. Zou het feit dat de Koninklijke Luchtmacht (en niet een ander) de partij is die de overeenkomsten tijdens de Supportfase sluit, wel een voorwaarde zijn waarvan afhankelijk is of de Omzet ten behoeve van de Koninklijke Luchtmacht tijdens de Supportfase meetelt, dan moet die voorwaarde alsnog voor vervuld worden gehouden nu niet is betwist dat de Staat zelf besloten heeft over te gaan op het *Performance Based Logistic* systeem. Wel rust op de Luchtvaartindustrie de bewijslast dat tijdens de Supportfase ook bij toepassing van het *Performance Based Logistic* systeem Omzet wordt behaald.

- 5.2.66 Deze beslissing ten aanzien van het meetellen van de Omzet tijdens de Supportfase brengt met zich dat de Staat die Omzet alsnog door het NIVR moet laten berekenen. Het Scheidsgerecht gaat ervan uit dat daartoe nader overleg zal plaatsvinden tussen de individuele eiseressen en het NIVR en dat dat nadere overleg ook gelegenheid zal bieden aan de onderscheidene eiseressen om aan het NIVR deugdelijk gestaafde gegevens over te leggen die het NIVR in staat zullen stellen tot een nadere berekening van zowel de Omzet verband houdende met levering van JSF-toestellen geproduceerd tijdens de Aanlooperperiode, als de Omzet tijdens de Supportfase. Vervolgens kunnen de Staat en de Luchtvaartindustrie zich uitlaten over de vraag of zij zich kunnen verenigen met de aldus opnieuw berekende Omzet uit Participatie. Mocht een Partij zich daarmee niet kunnen verenigen, dan zal het Scheidsgerecht nader beslissen. Nadat de herberekening van de Omzet, waartoe het Scheidsgerecht heeft beslist, heeft plaatsgevonden, zal op grond van de daaruit blijkende Omzet het Percentage door de Staat opnieuw worden berekend en aan de Luchtvaartindustrie en het Scheidsgerecht schriftelijk worden meegedeeld.
- 5.3 Nakoming van de MFO conform een redelijke uitleg**
- 5.3.1 De Luchtvaartindustrie voert aan dat in de gegeven omstandigheden een redelijke uitleg van artikel 3.3 MFO met zich brengt dat bij herberekening van het Tekort en de Private Bijdrage alle relevante parameters moeten worden betrokken. Daarbij zijn belangrijke omstandigheden
- (i) het uitgangspunt en het beoogde doel van de MFO;
 - (ii) het verloop van de onderhandelingen tussen de Staat en de Luchtvaartindustrie, en
 - (iii) de gedragingen en verklaringen van de Staat met betrekking tot de MFO, zowel voorafgaand aan, bij en volgend op de totstandkoming ervan.
- 5.3.2 De Staat heeft daartegenover gesteld dat de MFO in artikel 3.3. een limitatieve opsomming bevat van de parameters die exclusief in aanmerking worden genomen bij de herberekening van het Tekort per 1 juli 2008. Tijdens de onderhandelingen

over de *Letter of Intent* zijn mogelijke andere voordelen dan de in de *business case* opgenomen en in de *Letter of Intent* en de MFO overeengekomen voordelen wel aan de orde gesteld, maar niet opgenomen in de *business case*, die de grondslag is geweest voor de herberekeningsformule van de *Letter of Intent* en de MFO.

- 5.3.3 Voor zover het Scheidsgerecht in het bovenstaande niet reeds uitdrukkelijk of impliciet heeft beslist over de uitleg die rechtens aan de MFO moet worden gegeven, stelt het Scheidsgerecht vast dat de Staat, in elk geval na de ondertekening van de *Letter of Intent* tijdens het overleg van vier betrokken ministers en een staatssecretaris met vier vaste commissies uit de Tweede Kamer der Staten-Generaal op 2 april 2002 (productie S-13) zo duidelijk opening van zaken en toelichting op bedoelingen en achtergronden van de *business case* en de in de *Letter of Intent* overeengekomen herberekeningsformule heeft gegeven, dat er, na de daaropvolgende ondertekening van de MFO, waarin de herberekeningsformule ongewijzigd is gebleven, geen ruimte is voor het betoog dat een redelijke uitleg toevoegingen aan de overeengekomen tekst zou rechtvaardigen.
- 5.3.4 Niettemin zal het Scheidsgerecht aandacht schenken aan de onderscheidene factoren die volgens de Luchtvaartindustrie alsnog in de berekeningen zouden moeten worden betrokken. Daarom gaat het Scheidsgerecht nader in op de specifieke, niet-overeengekomen factoren die volgens de Luchtvaartindustrie alsnog in aanmerking moeten worden genomen bij de berekening van het Tekort. Dit zijn:
- (i) besparing door deelname aan de testfase (IOT&E-fase) van de JSF;
 - (ii) het compensatieorderkostenvoordeel;
 - (iii) besparing op de exploitatiekosten van de F-16 door eerdere beschikbaarheid van de JSF; en
 - (iv) besparing op de kosten van een *end-life update* van de F-16.
- 5.3.5 De Luchtvaartindustrie voert aan dat de Staat samen met de Verenigde Staten en enkele andere landen op 29 mei 2008 hebben besloten deel te nemen aan de testfase van de JSF, de *Initial Operational Test & Evaluation*-fase ofwel IOT&E-fase. Door deze fase, waaraan Nederland alleen kan deelnemen doordat het deelneemt aan de SDD-fase, ontstaan voordelen (besparingen), die niet zouden zijn ontstaan als de Staat niet had besloten tot deelneming aan de SDD-fase en de IOT&E-fase. Daarom moeten deze besparingen, die de Luchtvaartindustrie berekent op EUR 116 miljoen, alsnog in mindering worden gebracht op het Tekort.
- 5.3.6 De Staat stelt daartegenover dat dit voordeel geen onderdeel is van de herberekeningsformule.
- 5.3.7 Het Scheidsgerecht deelt dit oordeel van de Staat en verwerpt dus het betoog van de Luchtvaartindustrie. Niettemin merkt het Scheidsgerecht op dat de besparing uit hoofde van de deelname aan de IOT&E-fase – in het midden latende hoe groot deze is – een uit de deelname aan de SDD-fase voortvloeiend voordeel is dat de

overheidsfinanciën – of in de termen van de in 2002 gegeven toelichtingen: de belastingbetaler – ten goede komt.

- 5.3.8 De Luchtvaartindustrie stelt dat door deelname aan de SDD-fase het systeem van compensatieorders niet van toepassing is. De Staat bespaart hierdoor de kosten die voor hem aan compensatieorders zijn verbonden.
- 5.3.9 De Staat voert daartegenover het verweer dat dit voordeel geen onderdeel is van de herberekeningsformule en dat dit voordeel in 2002 onder ogen is gezien, maar niet in die formule is opgenomen.
- 5.3.10 Het Scheidsgerecht onderschrijft het verweer van de Staat en verwerpt dus het betoog van de Luchtvaartindustrie. Bovendien was dit een voordeel dat ten tijde van de onderhandelingen over de *Letter of Intent* en de MFO voorzienbaar was en ook is voorzien, maar desondanks niet in de overeenkomst is verdisconteerd.
- 5.3.11 De Luchtvaartindustrie brengt naar voren dat de JSF als gevolg van de deelname door Nederland aan de SDD-fase eerder in gebruik zal worden genomen dan bij kopen 'van de plank'. Als gevolg daarvan ontstaan besparingen doordat de JSF aanzienlijk goedkoper is in het gebruik dan de F-16, die op haar beurt eerder kan worden uitgefaseerd.
- 5.3.12 De Staat voert hiertegen hetzelfde verweer als tegen de stelling van de Luchtvaartindustrie dat het compensatiekostenvoordeel in aanmerking zou moeten worden genomen bij de berekening van het Tekort.
- 5.3.13 Ook ten aanzien van deze besparing acht het Scheidsgerecht het verweer van de Staat gegrond. Ook hier geldt het criterium van de voorzienbaarheid in 2002 en dat deze mogelijke besparing toen ook is voorzien, maar desondanks niet in de overeenkomst is verdisconteerd. De opmerking van de Staat dat de door de Luchtvaartindustrie aangevoerde vertraging in de ontwikkeling van de JSF niet valt te rijmen met de besparing die optreedt door eerdere ingebruikname van de JSF door deelname aan de SDD-fase, kan onbesproken blijven.
- 5.3.14 Ten slotte eist de Luchtvaartindustrie dat de besparing op de kosten van de *end life update* van de F-16 in mindering komt op het Tekort. De Luchtvaartindustrie is op dit punt ook tijdens de pleidooien uitvoerig teruggekomen.
- 5.3.15 Het standpunt van de Staat is wederom gelijk aan dat wat hij geeft ingenomen bij de overige aangevoerde, niet in de herberekeningsformule opgenomen factoren.
- 5.3.16 Het Scheidsgerecht wijst ook op dit punt de vordering van de Luchtvaartindustrie af en voegt daaraan toe dat het ook geenszins zeker is of, en zo ja, bij hoeveel F-16-toestellen een *end life update* noodzakelijk en uitgevoerd zou zijn bij aanschaf van de JSF 'van de plank'.
- 5.4 Onvoorzien omstandigheden (Imprévision)**
- 5.4.1 De Luchtvaartindustrie voert onder verwijzing naar artikel 6:258 BW aan dat zich na het sluiten van de MFO onvoorzien omstandigheden hebben voorgedaan die

van dien aard zijn dat de Staat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de MFO – meer in het bijzonder van artikel 3.3 – mag verwachten.

5.4.2 Als zodanige omstandigheden vermeldt de Luchtvaartindustrie:

- (a) het JSF-project heeft sinds het moment van het aangaan van de MFO aanzienlijke vertraging opgelopen;
- (b) de door de Staat gehanteerde discontovoet is na het aangaan van de MFO gezakt van 4% naar 2,5%;
- (c) Nederlandse deelname aan de IOT&E-fase; en
- (d) overige niet in de MFO verdisconteerde omstandigheden.

De overige niet in de MFO verdisconteerde omstandigheden zijn:

- (i) de Staat bespaart door deelname aan de SDD-fase kosten in verband met compensatieorders;
- (ii) de Staat bespaart exploitatiekosten van de F-16 doordat Nederland als partnerland eerder over JSF-toestellen kan beschikken; en
- (iii) de Staat bespaart de kosten van een *end life update* van de F-16 doordat Nederland als partnerland eerder over JSF-toestellen kan beschikken.

5.4.3 De Staat voert als algemeen verweer dat bij toetsing aan het leerstuk van onvoorziene omstandigheden grote terughoudendheid moet worden betracht en dat het bij de MFO gaat om een overeenkomst die op één lijn valt te stellen met de zogenaamde 'commerciële contracten', gesloten door gelijkwaardige partijen voorzien van deskundige bijstand, waarbij vrijwel geen ruimte bestaat voor een beroep op onvoorziene omstandigheden. Daarnaast, dat indien bij het aangaan van een overeenkomst een bepaald 'kanselement' onder ogen is gezien, er op het punt van die vermeende kans geen ruimte meer voor een beroep op onvoorziene omstandigheden bestaat (MvA 8.27).

5.4.4 De Luchtvaartindustrie vermeldt als eerste onvoorziene omstandigheid dat de ontwikkeling van het JSF-project aanzienlijke vertraging heeft opgelopen, onder andere leidende tot verlenging van de SDD-fase met vier jaar van 2009 tot 2013, uitstel van de *Full Rate Production* fase van 2009 tot 2013 en vertraging van de invoerreeks van de door Nederland (eventueel) te kopen JSF-toestellen. Op grond hiervan vordert de Luchtvaartindustrie ontbinding van de MFO, althans het in artikel 3.3. MFO bepaalde omtrent de Private Bijdrage dan wel dat het Scheidsgerecht wijziging aanbrengt in de rechtsgevolgen van de MFO.

5.4.5 De Staat stelt hiertegenover dat juist met het oog op de mogelijkheid van vertraging in de herberekeningsformule is opgenomen dat bij de bepaling van het Tekort per 1 juli 2008 ook in aanmerking zal worden genomen de door de Staat op 1 juli 2008 vastgestelde spreiding en periode van instandhouding van de JSF-toestellen. Er is dus niet sprake van een onvoorziene, maar van een voorziene en in de MFO

verdisconteerde omstandigheid.

- 5.4.6 Het Scheidsgerecht is van oordeel dat vertraging – zelfs langdurige vertraging – bij de ontwikkeling van een uiterst geavanceerd en gecompliceerd wapensysteem als de JSF op zichzelf voorzienbaar, zo niet verwachtbaar is, ook al zijn het de Verenigde Staten die deze ontwikkeling hebben geïnitieerd. Tot op zekere hoogte is met vertraging in de MFO wel rekening gehouden door de opnemings van de herberekening van het Tekort per 1 juli 2008. Dan zou er meer bekend zijn:

“Op dat moment [1 juli 2008, Scheidsgerecht] stel je het percentage definitief vast. Je doet dat met veel meer kennis dan waarover wij nu beschikken. Over de aantallen is dan meer duidelijkheid, evenals over de dollarkoers. Er is meer duidelijkheid over waivers, omdat er dan aanschafcontracten zijn. Omdat er veel meer kennis is, kan die berekening beter gemaakt worden. Dan zal blijken of het meer of minder dan 3,5% wordt.”

Aldus minister van Financiën Zalm tijdens het overleg met vier vaste commissies uit de Tweede Kamer der Staten-Generaal op 2 april 2002 (productie S-13). Wat Partijen kennelijk niet hebben voorzien, althans minister Zalm blijkens dit betoog niet, was dat de vertraging zo zou oplopen, dat er over de kans op vrijstelling van betaling van Ontwikkelingskosten voor landen die niet hebben deelgenomen, ook in 2008 niet meer duidelijkheid zou bestaan. Ook zijn de aantallen praktisch gelijk gebleven. Niettemin komt het Scheidsgerecht tot de slotsom dat de vertraging in de omstandigheden van dit geval, waartoe het Scheidsgerecht ook rekent dat sprake is van een tussen professionele partijen, voorzien van deskundige bijstand, gesloten overeenkomst met gedetailleerde afspraken over de betekenis waarvan de Staat, alvorens de MFO werd ondertekend, in het openbaar tekst en uitleg heeft gegeven, niet kan leiden tot ontbinding van de MFO of een gedeelte daarvan, dan wel tot wijziging van de gevolgen daarvan. Tot dit oordeel is het Scheidsgerecht mede gekomen op grond van zijn inzicht dat, zo aan de vertraging het rechtsgevolg van wijziging van de gevolgen van de MFO zou moeten worden verbonden, deze wijziging zou moeten behelzen dat de herberekening per 1 juli 2008 wordt uitgesteld tot een tijdstip waarop partijen wel meer kennis hebben dan waarover zij nu beschikken en waarop meer duidelijkheid bestaat over aantallen, de totale ontwikkelingskosten en de vraag of de Amerikaanse regering bij onderhandelingen over aankoop ‘van de plank’ daadwerkelijk vasthoudt aan het beleid geen vrijstelling van de betaling van ontwikkelingskosten te verlenen. Ter zitting van 15 mei 2009 is evenwel gebleken dat ook de Luchtvaartindustrie met het oog op uit te brengen offertes en investeringsbeslissingen op zeer korte termijn moet weten waar zij met de Private Bijdrage en het Percentage aan toe is. Het Scheidsgerecht acht een beslissing tot het hiervoor aangeduide uitstel niet verantwoord.

- 5.4.7 De Luchtvaartindustrie wenst dat de toegepaste discontovoet wordt herzien op grond van de verlaging van de risicovrije, reële discontovoet in maar 2007 van 4% tot 2,5%.
- 5.4.8 De Staat stelt daartegenover dat het enkele feit dat op dit moment een andere

discontovoet geldt dan in 2002 niet in ernst als een onvoorziene omstandigheid kan worden gekwalificeerd die instandhouding van de MFO onmogelijk zou maken (MvA 8.35).

- 5.4.9 Het Scheidsgerecht heeft reeds in r.o. 5.2.56 geoordeeld dat wijziging van de discontovoet bij een looptijd van een overeenkomst van vijftig jaar niet als een onvoorziene omstandigheid kan worden aangemerkt. Het was op zichzelf mogelijk geweest overeen te komen dat telkens de geldende discontovoet zou moeten worden toegepast gedurende de periode waarin de desbetreffende discontovoet zou gelden. Partijen zijn dat niet overeengekomen, maar hebben voor de gehele looptijd een vaste discontovoet van 4% afgesproken. Het Scheidsgerecht verwerpt zowel het beroep op onvoorziene omstandigheden als de stelling dat de Staat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de ongewijzigde nakoming van de MFO niet mag verwachten.
- 5.4.10 De Luchtvaartindustrie vordert op grond van gewijzigde omstandigheden met terugwerkende kracht ontbinding van de MFO, althans ontbinding van het bepaalde omtrent de Private Bijdrage in artikel 3.3 MFO, dan wel wijziging van de rechtsgevolgen van de MFO, aldus, dat bij de berekening van het Tekort en de Private Bijdrage tevens rekening wordt gehouden met de voordelen die de Staat geniet als gevolg van deelname aan de IOT&E-fase.
- 5.4.11 De Staat voert als verweer aan dat de deelname aan de IOT&E-fase in elk geval niet ertoe leidt dat de Staat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde nakoming van de MFO mag verlangen.
- 5.4.12 Het Scheidsgerecht ziet de deelname aan de IOT&E-fase als een onvoorziene omstandigheid, die, zoals hierboven onder r.o. 5.3.7 is overwogen, de Staat een voordeel oplevert, waarvan de omvang echter niet tussen Partijen vaststaat. Dit voordeel, dat niet in de limitatief omschreven herberekeningsformule van artikel 3.3. MFO is verdisconteerd, rechtvaardigt echter niet een wijziging van de gevolgen van de MFO of gehele of gedeeltelijke ontbinding daarvan, omdat het Scheidsgerecht van oordeel is dat, gelet op de terughoudendheid die toepassing van artikel 6:258 BW vergt, niet kan worden gezegd dat de Staat vanwege dit voordeel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.
- 5.4.13 Betreffende de door haar aangevoerde overige niet in de MFO verdisconteerde gronden verwijst de Luchtvaartindustrie naar hetgeen zij daarover in verband met haar vordering tot nakoming van de MFO conform een redelijke uitleg heeft gevorderd en vordert zij op grond van gewijzigde omstandigheden met terugwerkende kracht de ontbinding van de MFO, althans ontbinding van het bepaalde omtrent de Private Bijdrage in artikel 3.3 MFO, dan wel wijziging van de rechtsgevolgen van de MFO, aldus, dat de bij de herberekening van het Tekort en de Private Bijdrage met deze voordelen rekening wordt gehouden.
- 5.4.14 De Staat noemt geen van deze omstandigheden onvoorziën en acht ze niet van dien

aard dat de Staat geen ongewijzigde instandhouding van de MFO mag verwachten.

- 5.4.15 Het Scheidsgerecht is van oordeel dat de besparing van kosten in verband met compensatieorders voorzienbaar was en daarom geen grond kan opleveren voor de ingestelde vordering. Ook de besparing op exploitatiekosten was voorzienbaar en kan daarom geen grond opleveren voor de ingestelde vordering. Hetzelfde geldt voor de besparing van de kosten van een eventuele *end life update*, gesteld al dat deze gemaakt zouden worden als de Staat de JSF zonder deelname aan de SDD-fase de JSF te zijner tijd 'van de plank' zou kopen. In alle drie gevallen geldt bovendien dat het Scheidsgerecht een wijziging van de gevolgen van de MFO of gehele of gedeeltelijke ontbinding daarvan op de aangevoerde gronden niet gerechtvaardigd acht, omdat het Scheidsgerecht van oordeel is dat, gelet op de terughoudendheid die toepassing van artikel 6:258 BW vergt, dit voordeel niet van dien aard is dat de Staat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.
- 5.4.16 Vervolgens betoogt de Luchtvaartindustrie dat zij als gevolg van een Private Bijdrage die wordt betaald met een Percentage van 10,3% (het Scheidsgerecht gaat ervan uit dat het betoog geen wijziging ondergaat als gevolg van de correctie van het Percentage in 10,1% en verwijst, voor zover nodig, in het vervolg naar dat gecorrigeerde Percentage), geen nieuwe JSF-orders zal kunnen verwerven en dat bestaande orders zullen worden geannuleerd. De orders zijn niet langer rendabel of zelfs verliesgevend. Onder de toepasselijke Amerikaanse regelgeving zal de Luchtvaartindustrie niet langer worden aangemerkt als *healthy supply chain*, wat ertoe leidt dat de Luchtvaartindustrie geen JSF-orders meer zal krijgen. Dat leidt ertoe dat geen Omzet wordt gemaakt waarover het Percentage kan worden afgedragen. Daarmee zijn de met de MFO beoogde doelen weggevallen.
- 5.4.17 De Staat erkent dat de Luchtvaartindustrie, als zij werkelijk van oordeel is dat de betaling van de Private Bijdrage niet tegen de baten opweegt, de keuze kan maken af te zien van het maken van Omzet uit Participatie. Wel wijst de Staat erop dat de verwijzing door de Luchtvaartindustrie naar een nettowinstmarge van 3,5% misverstand wekt, omdat dat percentage geldt na belastingen, terwijl de Omzet uit Participatie wordt berekend vóór belastingen.
- 5.4.18 Het Scheidsgerecht zal zijn oordeel geven bij de vijfde grond van de vordering van de Luchtvaartindustrie, waarbij dit betoog wederom aan de orde komt.
- 5.4.19 Ten slotte heeft de Luchtvaartindustrie nog aangevoerd dat bij een Percentage van 10,1% ongewijzigde nakoming van een afdrachtplicht voor de Luchtvaartindustrie uitermate bezwaarlijk is. De Luchtvaartindustrie licht dat standpunt toe onder de vijfde grond van haar vordering. Het Scheidsgerecht zal bij dat onderdeel van de vordering een oordeel geven.
- 5.5 Redelijkheid en billijkheid**
- 5.5.1 De Luchtvaartindustrie wijst op de volgende omstandigheden ter staving van haar stelling dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en

billijkheid onverkorte toepassing van artikel 3.3. MFO onaanvaardbaar is.

- (i) de voorwaarden van de MFO zijn de uitkomst van ongelijke onderhandelingen, waarin de Staat heeft gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur;
- (ii) de formule voor de berekening van het Tekort en de Private Bijdrage van artikel 3.3 MFO is ontoereikend;
- (iii) in werkelijkheid bestaat geen 'verlies' in de *business case*; sterker nog: deelname aan de SDD-fase is winstgevend ten opzichte van 'kopen van de plank';
- (iv) het vaststellen van de Private Bijdrage voor een zeer lange looptijd, zonder mogelijkheid van tussentijdse correctie, is onbillijk;
- (v) het handhaven van het Percentage van de Private Bijdrage van 10,3% is voor de Luchtvaartindustrie uitermate bezwaarlijk; en
- (vi) een onverkorte toepassing van de formule van Tekort van artikel 3.3 MFO leidt ertoe dat aan het doel van de MFO volledig wordt voorbij geschoten. (MvE 397).

5.5.2 Ter adstructie van haar stelling dat de voorwaarden van de MFO de uitkomst zijn geweest van ongelijke onderhandelingen, waarbij de Staat heeft gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, voert de Luchtvaartindustrie aan dat het bij dit laatste in het bijzonder gaat om algemene beginselen van zorgvuldigheid, evenwichtige belangenafweging en een kenbare dragende motivering; voorts was sprake van veronachtzaming van de belangen van de Luchtvaartindustrie. Over door de Staat en zijn adviseurs opgestelde teksten viel niet te onderhandelen.

5.5.3 De Staat stelt dat dit betoog geen hout snijdt, omdat niet valt in te zien op welke wijze de geschetste omstandigheden een beroep zouden kunnen dragen op aan de eisen van redelijkheid en billijkheid ontleende rechtsgevolgen in plaats van de overeengekomen rechtsgevolgen. Er hebben besprekingen plaatsgevonden in de maanden januari tot en met mei 2002, waarvan in de maanden maart en april telkens zes besprekingen.

5.5.4 Het Scheidsgerecht stelt vast dat de ontwerpen van de *Letter of Intent* telkens afkomstig waren van de Staat en dat deze ook de *business case* heeft ontworpen en berekend. Daaruit kwam aanvankelijk een Tekort van NLG 421 miljoen ofwel ruim EUR 191 miljoen (op basis van USD 1 = EUR 1), dat de Luchtvaartindustrie zou moeten betalen met een Percentage over de Omzet van directe Participatie, met een maximum van EUR 191 miljoen. Op 8 februari 2002, toen de Staat een Percentage van 3,5 verlangde, heeft de Luchtvaartindustrie verzocht om een ijkpunt in 2008, waarin de *business case* een herevaluatie zou ondergaan. In die bespreking heeft de Staat ook de gewijzigde *business case* op basis van USD 1 = EUR 1,15 voorgelegd, waardoor het Tekort met EUR 42 miljoen opliep tot

EUR 233 miljoen. De door de Luchtvaartindustrie verschuldigde Private Bijdrage bleef echter gehandhaafd op EUR 191 miljoen, doordat het Ministerie van Economische Zaken het Tekort met EUR 42 miljoen zou subsidiëren. Hoofdpijnen van dit onderhandelingsakkoord blijken uit het e-mailbericht van de secretaris van het NIFARP van 8 februari 2002 (productie L-26). Voor wat de Luchtvaartindustrie toen herevaluatie noemde, is in het volgende ontwerp van de *Letter of Intent* de herberekeningsformule opgenomen, die de taalkundige weergave was van de rekenkundige *business case*. Daarover was met de Staat niet te onderhandelen. Uit het al meergenoemde notaoverleg van 2 april 2002 (productie S-13) blijkt ook waarom de Staat vasthield aan de herberekeningsformule: de Staat had slechts een zeer beperkte beleidsruimte en de herberekeningsformule vormde de garantie dat deelneming aan de SDD-fase niet duurder zou uitvallen dan 'kopen van de plank'. Dit alles overwegende, is het Scheidsgerecht van oordeel dat in de beginfase van de onderhandelingen wel degelijk sprake was van evenwichtige belangenafweging door de bereidheid een ongunstig gevolg van een bijstelling van de wisselkoers op te vangen door een subsidie en de aanvaarding van een herberekening op basis van de oorspronkelijke uitgangspunten per 1 juli 2008. Daarna heeft de Staat aan dat onderhandelingsresultaat van 8 februari 2008 vastgehouden en in het openbaar verantwoording van het onderhandelingsresultaat afgelegd.

- 5.5.5 Het Scheidsgerecht wijst hierbij op het feit dat de uitvoerende organen van de Staat – in casu de Ministeries van Defensie, van Economische Zaken en van Financiën – zich bij de onderhandelingen met de Luchtvaartindustrie ook telkens rekenschap moesten en nog moeten geven van de eisen die gemaakte en tegenover de Staten-Generaal vastgelegde alsmede voor Nederland als lid van de Economische en Monetaire Unie (EMU) geldende begrotingsregels stelden en nog stellen. Dat hield en houdt in dat deze uitvoerende organen van de Staat in de onderhandelingen met de Luchtvaartindustrie een beperkte onderhandelingsruimte hadden en nog hebben. Zou het onderhandelingsresultaat met de Luchtvaartindustrie, dat zijn weerslag had gekregen in de *Letter of Intent*, door de Staten-Generaal of commissies daaruit als onvoldoende zijn gekwalificeerd, dan zou de vereiste instemming met deelname aan de SDD-fase achterwege zijn gebleven en de MFO niet tot stand zijn gekomen. Evenzeer als de Staat gebonden is aan de met de Luchtvaartindustrie gesloten overeenkomst, zijn de uitvoerende organen van de Staat gebonden aan hun toezeggingen aan de Staten-Generaal, die voorwaarde waren voor de instemming met deelneming aan de SDD-fase en ondertekening van het *Memorandum of Understanding* met het *Department of Defense* van de Verenigde Staten op 5 juni 2002 (productie L-7). Dat houdt onder andere in dat de Staat, onderscheidenlijk zijn uitvoeringsorganen, geen nieuwe aannames en uitgangspunten of versoepeling van overeengekomen parameters kunnen aanvaarden als geen zekerheid bestaat dat wijzigingen niet in strijd komen met geldende begrotingsregels of aanvaardbaar blijken voor een meerderheid van de Staten-Generaal.

- 5.5.6 Het Scheidsgerecht is zich ervan bewust dat de herberekening per 1 juli 2008 voor de Luchtvaartindustrie in zeer ongunstige zin is beïnvloed door de neerwaartse koersbeweging van de Amerikaanse dollar. Dat Partijen dat niet hadden verwacht blijkt onder andere uit de uitspraak van minister van Financiën Zalm tijdens het notaoverleg op 2 april 2002:
- “Het percentage kan ietsje hoger of ietsje lager uitvallen, afhankelijk van de dan geldende inzichten.” (productie S-13, blz. 62, linker kolom).
- De formule hield nu eenmaal in dat alle tegenvallers bij de verwachte voordelen (Ontwikkelingskostenvoordeel, Royaltyvoordeel en Organisatiekostenvoordeel) – dus ook een lagere waarde van deze voordelen in euro’s – leiden tot vergroting van het Tekort. Dat Tekort moet weer uit Omzet in Amerikaanse dollars worden terugverdiend en worden betaald in euro’s. Dat overigens de formule – de *business case* – koersgevoelig was, hadden Partijen moeten voorzien. Wanneer de koers van de uitgaande dollars – de SDD-bijdrage – hoog is, en de koers van de inkomende dollars (de voordelen en de Omzet) laag, zijn de gevolgen voor het Tekort aanzienlijk. Dat risico was evenwel te voorzien, zij het dat de omvang van dat risico niet voorzienbaar was. Het Scheidsgerecht ziet evenwel geen rechtsgrond om, nu dat risico zich in zeer grote mate heeft gemanifesteerd, wijziging te brengen in de rechtsgevolgen van de aangepane overeenkomst, die van de aanvang af dit contractrisico bij de Luchtvaartindustrie heeft gelegd, die dat heeft aanvaard. Daarbij komt nog dat ook de Staat ten gevolge van de termijntransactie voor de gehele SDD-bijdrage, waarin in de MFO niet was voorzien, nadeel heeft geleden.
- 5.5.7 De Luchtvaartindustrie voert opnieuw aan dat ook andere factoren dan de overeengekomen parameters in de beschouwingen en berekeningen behoren te worden betrokken. Voorts meent de Luchtvaartindustrie dat deelname aan de SDD-fase winstgevend is en dat er geen Tekort zou zijn, als andere voordelen in aanmerking worden genomen.
- 5.5.8 De Staat neemt opnieuw het standpunt in dat alleen de in de herberekeningsformule opgenomen parameters zijn overeengekomen, en andere niet.
- 5.5.9 Het Scheidsgerecht stelt vast dat de Luchtvaartindustrie de herberekeningsformule heeft aanvaard zoals deze is en dat vóór de ondertekening van de MFO ten volle duidelijk is geweest dat de Staat aan deze formule – de neerslag van de *business case* – zou vasthouden. Met het betoog dat er in werkelijkheid geen Tekort zou zijn, miskent de Luchtvaartindustrie dat Tekort een gedefinieerd begrip is. Zelfs als er geen tekort zou zijn als ook andere factoren in de berekening worden betrokken, dan is er nog steeds een Tekort. Het Scheidsgerecht ziet geen rechtsgrond om aan de overeengekomen herberekeningsformule op grond van de redelijkheid en billijkheid andere rechtsgevolgen te verbinden dan die welke Partijen zijn overeengekomen.
- 5.5.10 De Luchtvaartindustrie acht het vasthouden aan het per 1 juli 2008 opnieuw

berekende Percentage gedurende een zeer lange looptijd – tot 1 januari 2053 – onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

- 5.5.11 De Staat volstaat met de mededeling dat die lange looptijd is afgesproken.
- 5.5.12 Het Scheidsgerecht overweegt dat tussen Partijen van de ondertekening van de *Letter of Intent* af heeft vastgestaan dat het Percentage dat per 1 juli 2008 zou worden berekend, ongewijzigd zou gelden tot en met 31 december 2052. Dat kan op zichzelf ook moeilijk anders, want de Luchtvaartindustrie heeft er zelf belang bij het Percentage zo laag mogelijk te houden, hetgeen bij een gegeven Private Bijdrage, alleen maar mogelijk is door het Percentage te berekenen over zoveel mogelijk Omzet uit Participatie, wat in de praktijk betekent over een zo lang mogelijke omzetperiode. Het probleem dat zich thans voor de Luchtvaartindustrie voordoet, is dat het Percentage desondanks zeer hoog is uitgevallen, maar dat probleem wordt niet opgelost door nu een periodieke evaluatie of heronderhandeling te gelasten. Het Scheidsgerecht wijst dit beroep op de lange looptijd dan ook af. Dat neemt evenwel niet weg, dat zich bij overeenkomsten met een zo lange looptijd in de loop van de tijd ontwikkelingen kunnen voordoen, die niet zijn voorzien en waarin in de overeenkomst niet is voorzien. Onder omstandigheden kunnen maatstaven van redelijkheid en billijkheid van Partijen vergen dat zij tot nadere onderhandelingen komen, waarbij bedacht moet worden dat die omstandigheden zich ook verder ten nadele van de Luchtvaartindustrie kunnen ontwikkelen. Onder alle omstandigheden vasthouden aan de afspraak *'for better and for worse'* kan in strijd komen met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
- 5.5.13 De Luchtvaartindustrie ziet een Percentage van 10,1% als uitermate bezwaarlijk, omdat bedrijven in de luchtvaartindustrie een beperkte verdien capaciteit hebben waaruit dit Percentage niet kan worden betaald, de Amerikaanse regelgeving vereist dat deelnemende bedrijven kwalificeren als *healthy supply chain*, wat met een extra last van 10,1% van de Omzet niet het geval is, waardoor de Amerikaanse opdrachtgevers geen nieuwe orders aan de Luchtvaartindustrie mogen verstrekken en mogelijk bestaande orders zullen beëindigen. De Luchtvaartindustrie kan het percentage niet in rekening brengen.
- 5.5.14 De Staat antwoordt dat het beroep op Amerikaanse regelgeving geen hout snijdt. De Amerikaanse overheid zal een opdracht niet aan een bedrijf gunnen als dat bedrijf aangeeft dat het bovenop zijn kosten en winst nog 10,1% in rekening gaat brengen. Het enkele feit dat op een specifieke JSF-order geen winst wordt gemaakt zou niets zeggen over de bedrijfseconomische wijsheid om een order toch uit te voeren, juist ter bevordering van een gezond bedrijf. Indien de uitvoering van een JSF-order werkelijk geen enkel voordeel biedt, kan een bedrijf afzien van de aanvaarding daarvan. Dat het dan ook een voordeel van de Nederlandse deelname aan de ontwikkeling van de JSF mist, is een logisch gevolg van het feit dat het ook niet aan de kosten daarvan bijdraagt.
- 5.5.15 Het Scheidsgerecht stelt allereerst vast dat het nooit de bedoeling kan zijn

geweest dat het Percentage zou worden doorberekend aan de Amerikaanse opdrachtgevers. De Amerikaanse regering heeft van de Staat een SDD-bijdrage in de totale ontwikkelingskosten verlangd. De Staat 'financiert' deze SDD-bijdrage met een aantal voordelen die de deelname aan de SDD-fase te zijner tijd brengen, te weten Ontwikkelingskostenvoordeel, Royalty's en Organisatiekostenvoordeel. Voor hetgeen de Staat dan nog tekort komt, betaalt de Luchtvaartindustrie een Private Bijdrage. Als de Luchtvaartindustrie deze Private Bijdrage zou doorberekenen in de prijs, zou de Amerikaanse industrie indirect een deel van de Nederlandse SDD-bijdrage betalen, waardoor dat deel van de ontwikkelingskosten toch weer voor rekening van de Amerikaanse overheid zou komen. Dat is in strijd met de bedoeling van de Amerikaanse regering dat de SDD-bijdrage van Nederland door Nederland wordt betaald, een bedoeling waarmee de Staat heeft ingestemd en die aan de Luchtvaartindustrie bekend was.

- 5.5.16 Voor het overige beschikt het Scheidsgerecht niet over voldoende gegevens om te kunnen beslissen of de Luchtvaartindustrie inderdaad onvoldoende verdien capaciteit heeft om het Percentage over de Omzet uit Participatie te betalen. 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.
- 5.5.17 De Luchtvaartindustrie stelt dat de MFO is aangegaan met het doel dat de Luchtvaartindustrie door betaling van de Private Bijdrage deelneming aan de SDD-fase mogelijk zou maken. Als het Percentage zo hoog uitvalt, dat de Luchtvaartindustrie van het maken van Omzet uit Participatie moet afzien, zal de met de MFO beoogde betaling van de Private Bijdrage niet worden verwezenlijkt. Ook daarom vorderen de eisen van redelijkheid en billijkheid dat toepassing van de herberekeningsformule van artikel 3.3 MFO achterwege blijft, althans slechts wordt toegepast met inachtneming van alle factoren die volgens de Luchtvaartindustrie van belang zijn voor de vaststelling van het daadwerkelijk verlies van de Staat.
- 5.5.18 Ook ten aanzien van dit onderdeel voert de Staat het verweer dat de Luchtvaartindustrie al met al onvoldoende aanvoert voor een geslaagd beroep op artikel 6:248 van het Burgerlijk Wetboek.
- 5.5.19 Het Scheidsgerecht is onder de in dit stadium van het geding gegeven omstandigheden en onzekerheden niet in staat te beoordelen of het de Luchtvaartindustrie metterdaad niet mogelijk is mee te dingen naar orders voor Omzet uit Participatie en of de MFO daardoor een doel - financiering van het Tekort door de Luchtvaartindustrie - dreigt te missen. Voor zodanig oordeel zou het Scheidsgerecht allereerst inzicht moeten hebben in de hoogte van het Percentage na herberekening van de Omzet uit Participatie, met inachtneming van de beslissingen die het Scheidsgerecht ter zake heeft genomen. Ook zou het Scheidsgerecht dan inzicht moeten hebben in marges van de tot de

Luchtvaartindustrie behorende ondernemingen. Het verkrijgen daarvan zou veel tijd vergen. Het Scheidsgerecht heeft ter zitting van 15 mei 2009 begrepen dat die tijd er niet is. Integendeel, de tijd dringt omdat de Luchtvaartindustrie op korte termijn moet beslissen omtrent investeringen en het uitbrengen van offertes.

- 5.5.20 Het Scheidsgerecht is wel van oordeel dat Partijen naar de aard van de MFO en de eisen van redelijkheid en billijkheid gehouden zijn binnen de grenzen van het mogelijke te voorkomen dat de MFO het doel medefinanciering van het Tekort door de Luchtvaartindustrie mist. Daarom was het Scheidsgerecht voornemens Partijen in overweging te geven in nadere onderhandelingen na te gaan of met inachtneming van de bij dit vonnis genomen beslissingen overeenstemming over het Percentage kan worden bereikt. Die nadere onderhandelingen zouden mogelijk binnen de beperkt beschikbare tijd kunnen plaatsvinden. Inmiddels heeft het Scheidsgerecht kennisgenomen van de Nadere akte betreffende vorderingen van de Luchtvaartindustrie van 29 mei 2009, waarin de Luchtvaartindustrie subsidiair onderhandelingen over de hoogte van het Percentage vordert. 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.
- 5.6 Misbruik van bevoegdheden**
- 5.6.1 De Luchtvaartindustrie verwijt de Staat onder meer misbruik te hebben gemaakt van zijn bevoegdheden, althans van de feitelijke machtspositie die daaruit voortvloeide, en dat de Staat zich daarom niet kan beroepen op artikel 3.3 MFO.
- 5.6.2 Van misbruik zou sprake zijn geweest bij de totstandkoming van de MFO doordat de Staat het algemeen defensiebelang bij deelname aan de SDD-fase heeft misbruikt om een budgettair risico af te dekken. De Staat heeft bij het bedingen van de Private Bijdrage zijn publieke bevoegdheden in het kader van het algemeen defensiebeleid gebruikt voor een ander doel – financiële doeleinden – dan waarvoor deze zijn verleend.
- 5.6.3 De Staat acht deze stelling niet onderbouwd en niet gemotiveerd.
- 5.6.4 Het Scheidsgerecht heeft onder r.o. 5.1 reeds uiteengezet hoe het de wijze van totstandkoming van de MFO in relatie tot de behartiging door de Staat van zijn publiekrechtelijke taken beoordeelt. Het Scheidsgerecht onderkent dat in de periode waarin bij de Staat de besluitvorming over deelname aan de SDD-fase en de eventuele financiering daarvan tot stand kwam, sprake kan zijn geweest van verschillende invalshoeken en appreciaties bij de betrokken ministeries, het Ministerie van Defensie, het Ministerie van Economische Zaken en het Ministerie van Financiën. Het (per definitie eensluidende) regeringsstandpunt dat uiteindelijk door het proces van besluitvorming tot stand komt, vormt de synthese van die verschillende invalshoeken en appreciaties. Juist doordat – getuige de vele

openbare Kamerstukken waarop beide Partijen zich in dit geding hebben beroepen – in allerlei fasen voorafgaand aan de definitieve beslissing tot deelname aan de SDD-fase openbare verantwoording is afgelegd, kan het besluitvormingsproces op de voet worden gevolgd en bestaat in veel aspecten daarvan inzicht.

- 5.6.5 Een besluit tot deelname aan de SDD-fase – hoe gewenst dit ook moge zijn geweest voor het Ministerie van Defensie uit oogpunt van defensiebelang en voor het Ministerie van Economische Zaken uit oogpunt van industriebelang – kon alleen maar worden genomen als de benodigde financiën daarvoor binnen de begrotingen van de betrokken ministeries beschikbaar gemaakt konden worden. Daarbij gold de politieke voorwaarde dat deelname aan de SDD-fase (gevolgd door aanschaf van de JSF-toestellen) niet duurder mocht uitvallen dan aankoop van gereed product nadat de JSF was ontwikkeld en op de markt gebracht. De daartoe opgestelde *business case*, waarbij een aantal gedefinieerde toekomstige voordelen werden berekend, gaf als resultaat dat er dan toch nog een tekort zou zijn. Als voor dat tekort nog een financieringsbron kon worden gevonden, zou de SDD-bijdrage allen nog maar voorgefinancierd behoeven te worden, omdat na verloop van tijd door de voordelen en die financieringsbron de gehele SDD-bijdrage zou worden “afgelost”. Minister van Financiën Zalm legde dit op 2 april 2002 als volgt uit:

“Daarom hebben wij een opstelling gemaakt waarin de kosten worden teruggedrukt in de begrotingen van EZ en Defensie. Die departementen draaien in de komende kabinetsperiode voor de voorfinancieringslasten op en niet de andere departementen. Dat is een belangrijk uitgangspunt. (...) Wij hebben ervoor gezorgd dat er voor het EMU-saldo geen bezwaar is. (...) Ik kon tegen de collega's in de ministerraad zeggen dat ik er namens hen op heb gelet dat de voorfinanciering geen problemen oplevert voor het uitgavenkader. Het is allemaal binnen de begrotingen van de twee departementen teruggedrukt. Er zal geen last zijn voor het financieringstekort in 2002 en 2006. Het deel van de voorfinanciering buiten het uitgavenkader om zal uiteindelijk met rente terug moeten vloeien naar de schatkist. Dat is niet geheel ongebruikelijk. Wij hebben dat ook gedaan bij de balansverkorting volkshuisvesting, toen eenmalig een groot bedrag is geïnvesteerd waarvan jarenlang voordelen worden geïncasseerd. Als het bedrijfseconomisch glad loopt, inclusief de contante waardesom, is deze werkwijze verdedigbaar. Wij doen dat ook bij studieleningen. Wij verstrekken de leningen nu en krijgen er later geld voor terug. Dat strepen wij tegen elkaar weg en dan valt dit buiten het uitgavenkader. Ik noem nog de vaste oeververbinding Westerschelde, waarbij is gekozen voor de vorm van deelnemingen. Het gaat om constructies waarbij de Staat gebruikmaakt van zijn financieringsfunctie, voorfinanciert en ervoor zorg draagt dat het bedrag met rente terugkomt.” (productie S-13, blz. 59, middelste kolom).

- 5.6.6 Het Scheidsgerecht is van oordeel dat de Staat bij het sluiten van een overeenkomst met privaatrechtelijke ondernemingen over de medefinanciering door die ondernemingen van de extra kosten die ontstaan ten gevolge van de beslissing de ontwikkeling van de JSF-vliegtuigen mede te financieren door een bijdrage te

betalen aan de Verenigde Staten in plaats van deze vliegtuigen 'van de plank' te kopen, zijn financieringsfunctie vervult en voorfinanciert, zonder zijn publiekrechtelijke bevoegdheden te gebruiken voor een ander doel dan waarvoor deze zijn verleend. Het stond de Luchtvaartindustrie vrij de overeenkomst, in het bijzonder de Private Bijdrage en de berekening van het Percentage die de Staat voorstelde, te verwerpen, maar zij heeft dat niet gedaan en de medefinanciering van de SDD-fase aanvaard.

- 5.6.7 Ten slotte voert de Luchtvaartindustrie aan dat de Staat misbruik van zijn bevoegdheden heeft gemaakt bij de herberekening van de Private Bijdrage, hetgeen zij adstrueert met stellingen waarover het Scheidsgerecht onder r.o. 5.2 reeds zijn oordeel heeft gegeven. De Luchtvaartindustrie verbindt hieraan de stelling dat dit tot gevolg heeft dat de Luchtvaartindustrie al haar investeringen die zij tot dusverre heeft gedaan ter voorbereiding van het JSF-project verloren ziet gaan.
- 5.6.8 De Staat acht deze stelling niet onderbouwd en niet gemotiveerd.
- 5.6.9 Het Scheidsgerecht verwerpt op de gronden die het onder r.o. 5.5 heeft uiteengezet dat de Staat bij de herberekening van de Private Bijdrage, de Omzet uit Participatie en het Percentage misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheden. 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, hetgeen niet het geval zou zijn als de Luchtvaartindustrie tot aflossing praktisch niet in staat zou zijn. De Luchtvaartindustrie zal daarbij moeten beseffen dat de Staat tegenover voordelen die niet in de herberekeningsformule zijn opgenomen en die daarvan naar het oordeel van het Scheidsgerecht geen deel uitmaken alsmede de voorzichtige schatting van $G (= \frac{1}{2})$, het nadeel lijdt dat de SDD-bijdrage moet worden berekend volgens lagere koersen dan de werkelijke termijnkoers die de Staat heeft betaald.

6 Kosten

- 6.1 Aangezien de Luchtvaartindustrie enerzijds en de Staat anderzijds ieder voor een deel in het ongelijk zijn gesteld, oordeelt het Scheidsgerecht het passend om ingevolge artikel 61 lid 2 van het NAI Arbitrage Reglement de kosten tussen hen te verdelen aldus, dat de Staat en de Luchtvaartindustrie ieder hun eigen kosten dragen.
- 6.2 Het Scheidsgerecht oordeelt voorts dat de helft van het honorarium en de verschotten van arbiters (inclusief honorarium en verschotten van de secretaris) alsmede van de door het NAI vastgestelde administratiekosten 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.
- 6.3 De administrateur van het NAI heeft overeenkomstig artikel 58 lid 1 van het NAI Arbitrage Reglement en na overleg met het Scheidsgerecht, de totale kosten van deze arbitrageprocedure vastgesteld op EUR 149.836,24 (incl. EUR 22.817,20

BTW) welk bedrag als volgt is samengesteld:

-	Administratiekosten (incl. EUR 1.900 BTW)	EUR	11.900,00
-	Honorarium Arbiters (incl. EUR 18.620 BTW)	EUR	111.551,20
-	Verschotten Arbiters (incl. EUR 861,36 BTW)	EUR	6.826,55
-	Honorarium Secretaris (incl. EUR 3.059,00)	EUR	19.159,50
-	Verschotten Secretaris (incl. EUR 47,50 BTW)	EUR	297,50
-	Kosten voor depot van het vonnis bij de rechtbank	EUR	102,00

6.4 De Luchtvaartindustrie heeft een bedrag van EUR 11.900 aan administratiekosten aan het NAI voldaan en een depot ten behoeve van honorarium en verschotten van het Scheidsgerecht, inclusief het honorarium en verschotten van de Secretaris van het Scheidsgerecht, gestort van in totaal EUR 150.000. Voornoemde kosten ad EUR 149.836,24 zullen worden voldaan uit het door de Luchtvaartindustrie betaalde bedrag en het gestorte depot. De Staat zal derhalve worden veroordeeld tot betaling van EUR 74.918,12 aan de Luchtvaartindustrie.

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

7 Beslissingen

7.1 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 dan wel nadat het Scheidsgerecht nader zal hebben beslist op grond van het uitgebrachte deskundigenbericht, 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;
- (e.) het Scheidsgerecht bepaalt dat de Luchtvaartindustrie enerzijds en de Staat anderzijds de kosten van deze arbitrale procedure in gelijke delen zullen dragen en voldoen, welke kosten tot en met de deponering van het arbitrale vonnis zijn vastgesteld op EUR 118.377,74 aan honorarium en verschotten van arbiters, EUR 19.456,50 aan honorarium en verschotten van de secretaris van het Scheidsgerecht, EUR 11.900 aan administratiekosten van het NAI en EUR 102 aan griffiekosten in verband met het depot, derhalve in totaal EUR 149.836,24;
- (f.) het Scheidsgerecht verstaat dat deze kosten worden verrekend met het door de Luchtvaartindustrie gestorte depot ad EUR 150.000 en het door de Luchtvaartindustrie betaalde bedrag ad EUR 11.900 aan administratiekosten;
- (g.) het Scheidsgerecht veroordeelt de Staat tot betaling aan de Luchtvaartindustrie van EUR 74.918,12 uit hoofde van deze kostenveroordeling;
- (h.) het Scheidsgerecht bepaalt dat ieder der Partijen de eigen kosten van juridische bijstand draagt, en
- (i.) het Scheidsgerecht wijst het meer of anders gevorderde af.

Plaats van arbitrage, 's-Gravenhage

Getekend op 25 juni 2009

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'F. Korthals Altes', written over a horizontal line.

Mr. F. Korthals Altes, Voorzitter

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'A.H. van Delden', written over a horizontal line.

Mr. A.H. van Delden

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'A.S. Hartkamp', written over a horizontal line.

Prof. Mr. A.S. Hartkamp