

Aangetekend met handtekening retour
Gedeputeerde Staten van Noord-Holland
Postbus 3007
2001 DA HAARLEM

mr. J F de Groot
advocaat
T 020 - 605 63 62
F 020 - 605 67 12
j.de.groot@houthoff.com

Tevens per telefax: 023 - 514 30 30

Amsterdam, 30 maart 2011
Inzake: Distriport Noord-Holland (uw kenmerk: 2011/8716)
Onze ref: 260000097/6529395 1

Geacht College,

In vervolg op mijn brief van 17 maart 2011 bericht ik u namens cliënte, Distriport Noord-Holland B.V. te Scharwoude (hierna: "**Distriport**"), als volgt in reactie op uw brief van 21 februari 2011 (verzonden 23 februari 2011; uw kenmerk 2011/8716). Distriport reageert tevens op uw brief van 24 maart 2011 (verzonden 28 maart 2011; uw kenmerk 2011/15516), gericht aan Zeeman Vastgoed B.V.

Brief van 21 februari 2011

Distriport betwist de weergave van de voorgeschiedenis zoals opgenomen in uw brief van 21 februari 2011, zonder het op dit moment opportuun te achten daarop in detail in te gaan. Van belang is dat de Provincie Noord-Holland (hierna: "**de Provincie**") en Distriport op constructieve wijze in overleg zijn getreden over het moment van afname van gronden door Distriport. Elementen in dat overleg waren de financieringsconstructie in relatie tot staatssteunproblematiek, het beschikbaar komen van een onherroepelijke verklaring van de Belastingdienst dat de gronden fiscaal bouwrijp zijn, en de onherroepelijkheid van het bestemmingsplan. Tijdens het meest recente overleg van 20 januari 2011 is afgesproken dat optie 2 (de provincie neemt het project over) en optie 3 (Distriport onderzoekt een voorstel waardoor levering op korte termijn mogelijk wordt) door de beide partijen worden uitgewerkt.

Distriport heeft tijdig voldaan aan de gemaakte afspraken inzake de uitwerking van optie 3. Conform afspraak heeft Distriport bij brief van 31 januari 2011 (kenmerk pl/110310015-A 5-dsr) een concreet voorstel voor oplossing van de financiering gedaan. Over de verdere vormgeving van

de financiering, en de inbedding ervan in de bestaande Borgovereenkomst, heeft op 10 februari 2011 overleg plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van de Provincie, BNG en NHN Finance, alsmede vervolgoverleg op 10 maart 2011. Distriport werd van het verloop van deze besprekingen nauwgezet op de hoogte gehouden

De Provincie heeft aan Distriport evenwel geen uitwerking toegezonden van optie 2, en heeft zich aldus eenzijdig onttrokken aan de gemaakte afspraken. In plaats daarvan stelt de Provincie in de brief van 21 februari 2011 dat de inhoud van de brief van Distriport d.d. 31 januari 2011 de Provincie "*vooralsnog onvoldoende vertrouwen*" geeft dat er een passend voorstel zal komen. Deze stellingname is in het licht van de door de Provincie op zich genomen verplichtingen prematuur, terwijl de in de brief vermelde redengeving daarvoor inhoudelijk onjuist is. Uit het voorstel van Distriport blijkt dat het risico voor de Provincie allerminst toeneemt. Nadat de Provincie zich pas in november 2010 op het standpunt stelde dat het aandeel van NHN mee zou tellen bij de berekening van de maximale borgstelling van 80%, hebben de twee andere aandeelhouders van Distriport het op zich genomen om de benodigde 20% vermogen volledig in te brengen, om NHN daarmee buiten schot te houden. De Provincie is daarmee reeds akkoord gegaan. Ook overigens is het zo dat de Provincie zich niet coöperatief opstelt ten aanzien van een praktische uitvoering van de afspraken. Bij de beoordeling van de financieringsconstructies is meermaals tevergeefs gevraagd om afvaardiging van een financieel deskundige van de Provincie. In algemene zin merkt Distriport op dat indien al afwijkingen bestaan ten opzichte van de Borgovereenkomst, deze ten voordele van de Provincie zijn. In elk geval is geen sprake van afwijkingen ten aanzien waarvan Distriport niet de bereidheid heeft uitgesproken om deze op korte termijn en in goed overleg met de Provincie op te lossen.

In het licht van het voorgaande is de stellingname van de Provincie in de brief van 21 februari 2011 niet alleen onbegrijpelijk, de daaraan door de Provincie verbonden consequenties – de ontbinding van artikel 2.1 van de Grondverkoopovereenkomst en daarmee het gestelde verval van artikelen 2.1 en 2.2 van de Borgovereenkomst, zijn naar het oordeel van Distriport juridisch invalide, alsook onverantwoordelijk en onaanvaardbaar. Distriport licht dit als volgt toe.

Zoals eerder aangegeven heeft Distriport zich gemotiveerd op het standpunt gesteld dat voor haar gelet op de relevante contractuele bepalingen niet eerder de verplichting is ontstaan tot afname van de gronden, maar heeft zij zich coöperatief opgesteld om niettemin te komen tot een zo spoedig mogelijk afname. Dit betekent dat termijnstellingen zijdens de Provincie eenzijdig hebben plaatsgevonden, en zonder basis in de geldende overeenkomsten. Voor zover de Provincie al formele ingebrekestellingen zou hebben verzonden – de Provincie wijst dergelijke correspondentie niet aan – missen deze een formele basis, en zijn deze gebaseerd op eenzijdig bepaalde termijnen en verplichtingen. Dit betekent dat Distriport tot op heden op geen enkel moment in verzuim is geraakt, in het bijzonder nu nakoming van de overeenkomst niet blijvend of

tijdelijk onmogelijk is. Aan het commune verbintenissenrecht kan de Provincie mitsdien geen bevoegdheid ontleen om over te gaan tot (gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomsten. De Provincie heeft niet kunnen aanwijzen dat zij door het verloop van het tussen partijen gevoerde overleg schade lijdt, zodat ook indien wel sprake zou zijn van verzuim aan de zijde van Distriport, (gedeeltelijke) ontbinding met haar gevolgen niet wordt gerechtvaardigd.

Ook de specifieke overeenkomsten bieden geen basis voor het standpunt van de Provincie. De Grondverkoopovereenkomst kent niet de mogelijkheid van een eenzijdige partiële ontbinding van de overeenkomst. Ingevolge artikel 5 van de Grondverkoopovereenkomst is voor het geval van omstandigheden die zodanig van aard zijn dat deze overeenkomst of onderdelen daarvan gelet op de wederzijdse belangen van partijen en de strekking van de overeenkomst in redelijkheid niet gehandhaafd kan worden, voorzien in overleg *"teneinde de onderhavige overeenkomst te wijzigen, aan te vullen of – wanneer een andere oplossing niet tot de mogelijkheden behoort – te ontbinden, rekening houdend met hun wederzijdse belangen en de strekking van deze overeenkomst"*. Nu het overleg tussen partijen nog loopt – Distriport had voldaan aan de afspraken gemaakt op 20 januari 2011 en wacht nog op inlossing van de toezeggingen van de Provincie tijdens hetzelfde overleg – kan van eenzijdige partiële ontbinding van de overeenkomst geen sprake zijn; het overleg dient te worden voortgezet zolang concreet uitzicht bestaat op een oplossing. Voorts voorziet de overeenkomst niet in partiële ontbinding, zodanig dat een van de partijen zich eenzijdig van een of meer van haar contractuele verplichtingen bevrijd zou kunnen achten, onder handhaving van haar contractuele rechten. A fortiori bestaat geen eenzijdige ontbindingsmogelijkheid indien ontbinding afbreuk zou doen aan de belangen van de andere partij, en aan de strekking van de overeenkomst. Daarvan is hier sprake. Indien het de Provincie vrij zou staan in dit stadium eenzijdig de overeenkomst te ontbinden, zodanig dat de Provincie niet meer gehouden zou zijn de gronden aan Distriport te leveren, dan is dat de bijl aan de wortel van het project bedrijvenpark Distriport Noord-Holland, en berokkent dit Distriport en derde partij- en potentieel zeer aanzienlijke schade. De thans lopende (planologische) procedures zijn voor wat betreft nut en noodzaak, alsmede financiële en economische haalbaarheid, gestoeld op onverkorte uitvoering van de Grondverkoopovereenkomst en Borgovereenkomst. Reeds de suggestie of zelfs maar het gerucht dat Distriport mogelijk niet (meer) over alle gronden in het plangebied kan beschikken, kan op de procedures een onomkeerbaar negatief effect hebben. Middels de brief van 21 februari 2011 keert de Provincie zich aldus lijnrecht tegen het project Distriport Noord-Holland, en zet zij een koers in die voor alle betrokken partijen slechts tot nadeel en schade kan leiden.

Gelet hierop acht Distriport de door de Provincie gezette stap onverantwoordelijk en daarmee onaanvaardbaar, en niet verenigbaar met de ook door de Provincie omarmde doelstelling van realisering van bedrijvenpark Distriport Noord-Holland.

Distriport stelt de Provincie dan ook in de gelegenheid om, gelet op de procedurele en inhoudelijke omissies zoals deze aan de brief van 21 februari 2011 kleven en de eminente risico's die reeds aan het enkele bestaan van deze brief verbonden zijn, deze brief per omgaande voor niet-verzonden aan te merken, en het overleg met Distriport te hervatten als besproken. Distriport zou het voor 6 april 2011 geagendeerde overleg gaarne op deze wijze ingevuld willen zien.

Voor het geval Distriport niet voor 6 april 2011 een desbetreffende bevestiging mocht bereiken, heeft te gelden dat de Grondverkoopovereenkomst en de Borgovereenkomst onverkort tussen partijen van kracht zijn, en gelieve u deze brief op te vatten als een sommatie om de brief van 21 februari 2011 in te trekken, en in goed overleg met Distriport en conform de relevante contractuele bepalingen – via financieel gespecialiseerde medewerkers – verder uitvoering te geven aan het reeds gevorderde overleg over de financiële vormgeving van afname van de gronden door Distriport. Distriport vertrouwt er alsdan op dat de Provincie aan deze sommatie onverwijld gevolg zal geven, in het belang van de voorspoedige ontwikkeling van bedrijvenpark Distriport Noord-Holland, alsmede om zeer aanzienlijke – en integraal op de Provincie te verhalen – schade te voorkomen. Voor het geval aan deze sommatie geen gevolg zou worden gegeven, moet Distriport het er voor houden dat de Provincie de contractuele afspraken met Distriport toerekenbaar niet zal nakomen – en mitsdien van rechtswege in verzuim is – althans jegens Distriport onrechtmatig handelt. Distriport stelt de Provincie door deze bij voorbaat aansprakelijk voor alle schade die direct of indirect voor Distriport en de samenwerkende partners het gevolg is casu quo zal zijn van deze wanprestatie respectievelijk dit onrechtmatig handelen. Distriport behoudt zich vooralsnog alle rechten jegens de Provincie voor.

Brief van 24 maart 2011

Distriport heeft van Zeeman Vastgoed B.V. toegezonden gekregen een afschrift van uw hiervoor aangeduide brief van 24 maart 2011. Blijkens deze brief stelt de Provincie zich op het standpunt dat zij thans vrij is om met de gronden te handelen 'zoals zij goeddunkt'. Distriport constateert dat de Provincie, met volledig voorbijgaan aan de geldende contractuele verhouding tussen de Provincie en (onder meer) Distriport, de gronden ten aanzien waarvan Distriport het recht op levering toekomt, aanbiedt aan Zeeman Vastgoed B.V. en/of De Peyler Projectontwikkeling B.V., zelfs tegen voorwaarden die geen enkele relatie onderhouden met de geldende contractuele afspraken. Met deze aanbieding aan Zeeman Vastgoed B.V. en De Peyler Projectontwikkeling B.V. handelt de Provincie expliciet in strijd met haar contractuele verplichtingen jegens Distriport, erkent de Provincie dat zij haar contractuele verplichtingen jegens Distriport niet zal nakomen, en is de Provincie daarmee op de voet van artikel 6:83 BW jegens Distriport zonder verdere ingebrekestelling van rechtswege in verzuim geraakt. Dientengevolge treden de gevolgen van niet-nakoming – waaronder de verplichting tot vergoeding van alle schade – civielrechtelijk van rechtswege in. Zoals hiervoor aangegeven, verlangt Distriport van de Provincie onverkorte na-

koming van de gesloten overeenkomsten, in het bijzonder de Grondverkoopovereenkomst en de Borgovereenkomst. Dit betekent dat Distriport van de Provincie de bevestiging dient te ontvangen, dat de aanbieding van de gronden aan Zeeman Vastgoed B.V. en/of De Peyler Projectontwikkeling B.V. voor niet geschreven moet worden gehouden. Indien deze bevestiging niet wordt ontvangen, zal dit consequenties hebben. Distriport behoudt zich ook te dier zake vooralsnog alle rechten jegens de Provincie voor.

Slot

Distriport herhaalt hier hetgeen zij in de brief van 17 maart 2011 al meedeelde, te weten dat zij, ter voorkoming van verdere schade, inmiddels die handelingen zal blijven verrichten die in het belang zijn van de voortvarende ontwikkeling van bedrijvenpark Distriport Noord-Holland, waaronder het regelen van de financiering ten behoeve van de afname van de gronden, en het adequaat voorbereiden van de planologische beroepsprocedures.

Cliënte verwacht van de Provincie een onverminderd constructieve en coöperatieve opstelling, die aansluit bij de tussen partijen gesloten en onverkort vigerende overeenkomsten. Zij verzoekt de Provincie de in deze brief besloten liggende waarschuwingen voor het ontstaan van ernstige, onomkeerbare en schadetoebrengende gevolgen van de handelwijze van de Provincie, goed ter harte te nemen en tijdig de nodige maatregelen tot beperking van schade te nemen.

Hoogachtend,
Houthoff Buruma,

J. F. de Groot