HOUTHOFF BURUMA

Postbus 75505, 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50, Amsterdam

AANTEKENEN MET HANDTEKENING RETOUR
Gedeputeerde Staten van Noord-Holland
Postbus 3007
2001 DA HAARLEM

Vooraf per mail: heskesh@noord-holland.nl

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

Amsterdam, 24 juni 2011
Inzake: Distriport Noord-Holland
Reactie op brief 14 juni 2011
Verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur en artikel 10 EVRM
Onze ref: 260000097/6850348.1
Uw ref: 2011-31112

Geacht College,

Namens cliënten, Distriport Noord-Holland B.V. en Distriport Noord-Holland C.V (hierna tezamen: "**Distriport**"), bericht ik u in reactie op uw brief van 14 juni 2011, kenmerk 2011-31113 (verzonden op vrijdag 17 juni 2011 en ontvangen op maandag 20 juni 2011) als volgt.

Distriport constateert dat uw College pas voor het eerst bij genoemde brief van 14 juni 2011 (hierna: "**de Brief**") inhoudelijk heeft gereageerd op hetgeen reeds bij brieven van 17 en 30 maart 2011, 14 april 2011 en 26 mei 2011 namens Distriport naar voren werd gebracht. Ondergetekende heeft tijdens de bespreking van 30 mei jl. nogmaals om deze inhoudelijke reactie moeten verzoeken. Distriport acht deze handelwijze jegens haar onzorgvuldig.

Onzorgvuldig is evenzeer de inhoud van de Brief. Distriport ziet er van af alle onjuistheden en onzorgvuldigheden thans stuk voor stuk te benoemen, maar behoudt zich het recht voor dat in een later stadium alsnog te doen. Wel hecht Distriport er aan de feiten in een juiste lezing en context nog eens aan u voor te houden. Aansluitend zal Distriport de consequenties van de Brief bespreken.

In deze reactie ligt besloten een uitdrukkelijk verzoek op de voet van de Wet openbaarheid van bestuur en artikel 10 EVRM (zie onderdeel 1.20). Ik moge u verzoeken hieraan onverwijld aandacht te besteden.

Houthoff Buruma is de handelsnaam van Houthoff Buruma Coöperatief U.A., statutair gevestigd te Amsterdam (KvK Amsterdam nr. 34216182). De algemene voorwaarden van Houthoff Buruma, waarin een beperking van aansprakelijkheid, de toepasselijkheid van Nederlands recht en de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank te 's-Gravenhage zijn bedongen, zijn op alle opdrachten van toepassing. De algemene voorwaarden worden op verzoek toegezonden, maar zijn eveneens te vinden op www.houthoff.com Houthoff Buruma is the trade name of Houthoff Buruma Coöperatief U.A. with registered office in Amsterdam (Chamber of Commerce Amsterdam no. 34216182). Houthoff Buruma's general terms and conditions, which stipulate a limitation of liability, the applicability of Dutch law and the exclusive jurisdiction of the District Court of The Hague, are applicable to all work performed. A copy of the general terms and conditions is available on request

1. Feiten

1.1. De provincie Noord-Holland (hierna: "**de Provincie**") heeft op 25 oktober 2004 het Ontwikkelingsbeeld Noord-Holland Noord 2004-2014 vastgesteld waarin het beleidsmatige voornemen was opgenomen dat het plangebied destijds geheten Jaagweg, thans Distriport Noord-Holland, zou moeten worden getransformeerd tot een voornamelijk regionaal bedrijventerrein. De gemeente Koggenland heeft daartoe op 8 juni 2006 het structuurplan OWO vastgesteld. De Peyler Projektontwikkeling (hierna: "**De Peyler**") en Zeeman Vastgoed B.V. (hierna: "**Zeeman**") hebben zich, daartoe informeel aangespoord door functionarissen van de provincie en door fracties uit provinciale staten, bij brief van 12 april 2006 bij uw College gemeld voor de ontwikkeling van het bedrijventerrein Jaagweg.

1.2. Nog zonder enige toezegging zijdens de Provincie hebben De Peyler en Zeeman gronden in het plangebied – op risico – aangekocht. Dit werd op prijs gesteld door de Provincie. Zoals blijkt uit de considerans van het Afsprakenkader van 20 juni 2007 (hierna: "**het Afsprakenkader**") zijn de Provincie, Ontwikkelingsbedrijf Noord-Holland Noord N.V. (hierna: "**NHN**"), Zeeman en De Peyler met elkaar in overleg getreden "*teneinde onder meer de mogelijkheden te onderzoeken van het voor gezamenlijke rekening en risico, op basis van een nader te bepalen participatie en in een nader te bepalen vorm van samenwerking tussen hen verder ontwikkelen en realiseren van dat bedrijventerrein*" (considerans sub c). Alle vier de partijen achtten het op dat moment wenselijk dat de door de ontwikkelaars gekochte (en nog niet aan hen geleverde) gronden in het Plangebied door middel van contractsovername door te verkopen en rechtstreeks te leveren aan de Provincie (considerans sub d). De levering van de gronden aan de Provincie vond deels op deze wijze plaats op 13 juli 2007, en deels rechtstreeks door Zeeman aan de Provincie op 24 september 2008.

Contractueel kader

1.3. In artikel 1.1 van het Afsprakenkader werd het volgende neergelegd:

> *"Partijen hebben de intentie om – op basis van een nader tussen hen te bepalen verdeling – voor gezamenlijke rekening en risico en op basis van een nog definitief tussen hen te bepalen participatie in het resultaat, de deelname in het kapitaal en de benodigde financiering(en) en de terzake te stellen garanties en te verstrekken zekerheden samen te werken bij de verdere ontwikkeling en realisering van het bedrijventerrein Jaagweg c.a. in het Plangebied, waarbij er vooralsnog vanuit wordt gegaan dat NHN – <u>in plaats van de provincie</u> – naast de ontwikkelaars terzake zal participeren en <u>dat Zeeman, De Peyler en NHN ieder terzake voor een gelijk deel zullen participeren</u>."* (onderstrepingen toegevoegd, adv.)

1.4. In artikel 2.3 van het Afsprakenkader werd het volgende neergelegd:

"De intentie van partijen is erop gericht dat NHN – dan wel de provincie – De Peyler en Zeeman ieder voor een gelijk deel zullen participeren in het resultaat van de Grondexploitatie. Voorts zullen partijen volgens een nog nader tussen hen te bepalen verdeling deelnemen in het kapitaal en bijdragen in de financiering van de Grondexploitatie en de terzake benodigde garanties afgeven en de terzake benodigde financieringen verstrekken."

1.5. De Provincie, NHN, Zeeman en De Peyler werkten vervolgens samen in een stuurgroep. Op 29 oktober 2007 werd in de stuurgroep, in het bijzijn van gedeputeerde Bond, onder meer gesproken over de gronden en de financiering. Van dit overleg werd het volgende in een verslag opgetekend (mail B. Cozijnsen aan leden stuurgroep d.d. 30 oktober 2007):

"- De stuurgroep besluit dat er vwb de Jaagweg geen sprake [is] van een provinciaal project waarmee (ook na 1 januari 2008) de gronden die de provincie nu in bezit heeft vallen onder anticiperend grondbeleid van de provincie. Levering van de gronden (fiscaal bouwrijp) aan het project van NHN, Peijler en Zeeman kan dus gefaseerd plaatsvinden. Dit zal ism tussen provincie en sok partijen verder worden uitgewerkt in grondverkoop overeenkomst.
- Stuurgroep besluit dat er sprake is van 100% financiering door provincie. Ambtelijk zal dit door provincie worden uitgewerkt in een overeenkomst. Jaap Bond zal hierover contact opnemen met Ton Hooijmaijers."

1.6. Op 19 juni 2008 kwam een drietal vervolgovereenkomsten tot stand: de Samenwerkingsovereenkomst Distriport Noord-Holland te Koggenland (hierna: "**de Samenwerkingsovereenkomst**"), de Borgovereenkomst met betrekking tot de (verdere) ontwikkeling en realisering van het (toekomstig) bedrijventerrein c.a. Distriport Noord-Holland te Koggenland (hierna: "**de Borgovereenkomst**") en de Grondverkoopovereenkomst met betrekking tot gronden in het (toekomstig) bedrijventerrein c.a. Distriport Noord-Holland te Koggenland (hierna: "**de Grondverkoopovereenkomst**").

1.7. De Samenwerkingsovereenkomst werd gesloten tussen NHN Vastgoed B.V., Zeeman en De Peyler. De Samenwerkingsovereenkomst strekte tot oprichting van de GEM-structuur (CV/BV). In artikel 10.1 is voor zover van belang bepaald:

"GEM en GEM Beheer beogen (…) in hun financieringsbehoefte zoveel mogelijk te voorzien door middel van externe financiering door derden waarbij de Provincie zich als borg stelt uit hoofde van de met de Provincie te sluiten Borgovereenkomst."

In artikel 10.2 is bepaald:

"Indien en voor zover niet door middel van de in artikel 10.1 bedoelde financiering in de financieringsbehoefte van GEM en GEM Beheer kan worden voorzien, zullen Partijen ieder voor een gelijk deel GEM en GEM Beheer voorzien van de door

GEM en GEM Beheer benodigde financieringsmiddelen. GEM en GEM Beheer zal de ter beschikkingstelling van de financieringsbijdragen slechts voor gelijke delen van Partijen kunnen vorderen."

1.8. De Borgovereenkomst en de Grondverkoopovereenkomst werden – op dezelfde dag en in eenzelfde ondertekensessie als de Samenwerkingsovereenkomst – gesloten tussen de Provincie, NHN, Zeeman, De Peyler en Distriport Noord-Holland C.V. i.o.

1.9. In artikel 1.1 van de Borgovereenkomst is als doel van de Borgovereenkomst het volgende vastgelegd:

"Mede ter uitvoering van het Afsprakenkader en voorts als tegenprestatie voor de bereidheid van GEM om geheel onverplicht voor haar rekening en risico een groene buffer met een oppervlak ad circa 50 ha in het Projectgebied aan te leggen, om eveneens geheel onverplicht onder bepaalde voorwaarden een bedrag ad € 6.500.000 (…) aan de Provincie te voldoen als bijdrage in de kosten, verbonden aan het aansluiten van het bedrijventerrein Jaagweg op de A7, en bovendien om eveneens geheel onverplicht – in het kader van de realisering van het Project – 15% ruimtewinst te realiseren en 10% duurzame energie toe te passen, is de Provincie bereid – gelijktijdig met het aangaan van de betreffende Financieringsovereenkomst door GEM met de Financiële instelling – tot maximaal 80% van de door de Financiële instelling te verstrekken financiering een borgstelling te verstrekken aan een Financiële instelling voor al hetgeen de Financiële instelling van GEM te vorderen heeft uit hoofde van de door die Financiële instelling aan GEM te verstrekken financiering ten behoeve van de (verdere) ontwikkeling en realisering van het Project, tenzij op het moment waarop GEM bedoelde financiering wenst aan te gaan, uit de alsdan voorhanden stukken aantoonbaar blijkt dat de Grondexploitatie niet tenminste een positief resultaat heeft bij de voltooiing van de Locatie-ontwikkeling."

In artikel 1.2 is bepaald:

"Het Afsprakenkader blijft voortbestaan. Indien en voor zover het bepaalde in de onderhavige overeenkomst afwijkt van het Afsprakenkader, prevaleert de onderhavige overeenkomst. Partijen hebben – in aanvulling op het terzake reeds bepaalde in het Afsprakenkader – besloten dat de Provincie geen partij zal zijn bij de Samenwerkingsovereenkomst."

In artikel 2.3 is bepaald:

"GEM is zelf verantwoordelijk voor het verkrijgen van een financiering bij een Financiële instelling. De terzake door GEM tot stand te brengen financieringsovereenkomst(en) behoeft (behoeven) de voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de Provincie. De Provincie zal bedoelde goedkeuring niet op onredelijke gronden weigeren. Evenzeer zal de Provincie niet op onredelijke gronden haar medewer-

king aan de totstandkoming van een overeenkomst van borgtocht met de Financiele instelling onthouden."

1.10. In artikel 1.2 van de Grondverkoopovereenkomst is als doel van deze overeenkomst bepaald:

> *"Het Afsprakenkader blijft tussen partijen voortbestaan. (…) Bij de regeling van koop en verkoop als bedoeld in artikel 2 hierna – en de voorwaarden en bepalingen waaronder die plaatsvindt – moet worden bedacht – zoals ook uit het Afsprakenkader blijkt – dat het tot stand brengen van die regeling van verkoop en koop voor de ontwikkelaars ook een voorwaarde was voor de in het Afsprakenkader geregelde verkoop van gronden door de ontwikkelaars aan de Provincie, c.q. het in het Afsprakenkader eveneens geregelde verlenen van medewerking door de ontwikkelaars aan een contractsovername door de Provincie van de met betrekking tot gronden tot stand gebrachte overeenkomsten van koop en verkoop."*

In artikel 2.3 is het volgende bepaald:

> *"De (juridische) levering van de gronden zal – in afwijking van het terzake bepaalde in het Afsprakenkader – plaatsvinden, indien en zodra de gronden zijn aan te merken als bouwterrein in de zin van artikel 11, lid 1 sub a onder 1 jo artikel 11, lid 4 van de Wet op de omzetbelasting 1968."*

Fiscaal bouwrijp

1.11. In de Brief maakt uw college terecht melding van het feit dat Zeeman heeft zorggedragen voor een verklaring d.d. 26 januari 2011 van de bevoegde inspectie (Belastingdienst Holland-Noord) waaruit op dat moment – en niet eerder zoals ten onrechte in de Brief gesuggereerd – door partijen gezamenlijk de conclusie kon worden getrokken dat de gronden onherroepelijk en onvoorwaardelijk als fiscaal bouwrijp in de zin van artikel 2.3 Grondverkoopovereenkomst konden worden beschouwd. In de Brief wordt verzuimd te vermelden dat de in opdracht van de Provincie verkregen brief van 24 april 2009 was afgegeven door de niet-bevoegde Belastingdienst Amsterdam en dat deze niet onvoorwaardelijk was geformuleerd, zodat aan de voorwaarde van artikel 2.3 (niet 2.2 zoals in de Brief is vermeld) van de Grondverkoopovereenkomst niet was voldaan. De door de Provincie verkregen ontoereikende verklaring riep de noodzaak op voor Distriport om zorg te dragen voor een bruikbare verklaring afgegeven door de bevoegde inspectie. Bedacht moet worden dat het niet aan de Provincie was om te oordelen of de gronden al dan niet fiscaal bouwrijp waren, maar bij uitsluiting aan de bevoegde Belastingdienst.

1.12. Uit het vorenstaande volgt dat de Provincie sedert 26 januari 2011 contractueel de afname van de gronden kan verlangen. Distriport merkt op dat zij als geen ander de gronden wenst af te nemen. Zie daarvoor de doelstelling van de Grondverkoopovereenkomst als geciteerd onder 1.10 hiervoor waarin is gestipuleerd dat de ontwikkelaars de gronden

alleen aan de Provincie hebben verkocht uitgaande van de (weder)verkoop (en levering) door de Provincie aan de ontwikkelaars van dezelfde gronden.

1.13. In de periode vóór 26 januari 2011 heeft de Provincie Distriport een aantal maal aangesproken tot afname van de gronden. De Provincie heeft de in die periode sterk gewijzigde economische omstandigheden – anders dan in de Brief wordt vermeld – expliciet erkend en benoemd als reden om niet direct na 24 april 2009 afname van de gronden door Distriport te verlangen; ik moge wijzen op de inhoud van de brief van 9 juli 2010. Dat was in de gegeven omstandigheden correct en terecht. Zoals hiervoor opgemerkt bestond tot het afdwingen van afname ook geen bevoegdheid gelet op het feit dat niet eerder dan 26 januari 2011 kon worden beschikt over een onherroepelijke en onvoorwaardelijke verklaring dat de gronden als fiscaal bouwrijp konden worden beschouwd. Ingebrekestellingen daterend van voor 26 januari 2011 sorteerden derhalve geen effect, nog daargelaten het feit dat de Provincie na die ingebrekestellingen (steeds) nieuwe procedureafspraken met Distriport heeft gemaakt, waaraan Distriport steeds uitvoering heeft gegeven.

1.14. Na de relevante datum van 26 januari 2011 kent het dossier slechts handelingen van Distriport die er op wijzen dat Distriport er alles aan doet om zo spoedig mogelijk tot afname van de gronden te komen, doch anderzijds zijdens de Provincie louter aanwijzingen die er op duiden dat de Provincie 'coûte que coûte' van Distriport af wenst te geraken.

Financieringsvoorstellen

1.15. De Provincie is rechtstreeks contractspartij bij het Afsprakenkader, de Borgovereenkomst en de Grondverkoopovereenkomst, en is via de uitdrukkelijk als plaatsvervanger gepresenteerde NHN indirect partij bij de Samenwerkingsovereenkomst. De Provincie is als geen ander ermee bekend dat deze overeenkomsten onverbrekelijk met elkaar samenhangen. Dit samenstel van contractuele bepalingen voorziet er in dat de gronden van de ontwikkelaars naar de Provincie gaan, dat de Provincie zorgt voor fiscale bouwrijpheid en daarna door Distriport worden afgenomen, welke afname het verkrijgen van een externe financiering vereist, welke financiering – uiteindelijk vanwege staatssteunregels niet 100% maar 80% - is geborgd door de Provincie, als gevolg waarvan de Provincie heeft bedongen dat zij een financieringsvoorstel dient goed te keuren. Dit creëert aldus een afhankelijkheidsrelatie. Als waarborg is voor Distriport is opgenomen dat de Provincie haar goedkeuring aan een financieringsvoorstel niet op onredelijke gronden mag onthouden.

1.16. Distriport heeft al sedert medio 2010 diverse financieringsvoorstellen aan de Provincie gepresenteerd. Een overzicht van verschillende varianten werd op 24 juni 2010 door alle betrokken partijen – inclusief de Provincie – besproken, en akkoord bevonden voor verdere uitwerking. Dit akkoord was op dat moment essentieel voor NHN om tijd te steken in verdere uitwerking. Deze uitwerking werd neergelegd in een memo d.d. 12 juli 2010

van T.G.J. van Veen Delaunay (financieel directeur van NHN). Dit memo is tot stand gekomen in overleg met de Bank Nederlandse Gemeenten ("**BNG**"). Uit het dossier blijkt dat in een ambtelijk memo van 15 juli 2010 aan uw College negatief over (al) deze financieringsvarianten is geadviseerd. Nadat ik daarom in een overleg op 28 april 2011 had verzocht, is mij op 12 mei 2011 ter hand gesteld een juridisch advies van de huisadvocaat van de Provincie d.d. 18 oktober 2010. Uit dit extern juridisch advies blijkt dat het ambtelijk memo niet alleen juridische, maar ook financiële en bestuurlijke overwegingen kent – hetgeen moeilijk verenigbaar is met de toets die de provincie contractueel dient aan te leggen – alsook dat de conclusie in het ambtelijk memo dat alle varianten in meer of mindere mate tot staatssteun leiden niet zonder meer kan worden onderschreven. Ook overigens is het juridisch advies kritisch over het ambtelijk memo.

1.17. Dit klemt te meer, nu ook bij de beoordeling van de voorstellen die Distriport na 26 januari 2011 heeft gedaan, de Provincie zich op het standpunt is blijven stellen dat alle voorstellen mank zouden gaan aan strijd met het verbod van staatssteun. Distriport heeft de Provincie bij brief van 14 april 2011 een uitgewerkt voorstel gedaan, en heeft daarbij gevoegd een memorandum d.d. 14 april 2011 van mr. G. van der Wal en mr. T. Boesman, advocaten te Brussel, die hebben geoordeeld dat dit financieringsvoorstel niet leidt tot schending van de staatssteunregels. Op dit memorandum Van der Wal/Boesman is door de Provincie tot op heden niet gereageerd.

1.18. Dat op de duidelijke juridische onderbouwing niet door de Provincie werd gereageerd verbaast niet, nu in het overleg van 28 april 2011 – herhaald in het overleg van 30 mei 2011 – als *'aap uit de mouw'* kwam dat niet zozeer het staatssteunaspect het springende punt was – de Provincie kwam daarop plots niet meer terug – maar het feit dat de Provincie NHN niet wil c.q. niet zal *funden*. In een mailbericht van één van uw medewerkers aan ondergetekende (d.d. 26 april 2011) werd geschreven: "*De provincie is nooit van plan geweest om NHN Vastgoed BV te 'funden'. Dat heeft zij vanaf het eerste begin ook kunnen weten. (…) De provincie heeft bij monde van de heer Bond aangegeven NHN Vastgoed B.V. niet te willen 'funden'*." Bij de uitgangspunten die in de Borgovereenkomst worden gehanteerd, is het noodzakelijk dat de gehele benodigde financiering voor het project bij een financiële instelling wordt aangetrokken. Door de Provincie wordt borg gestaan voor 80% van de van een financiële instelling te verkrijgen financiering – de aanvankelijk bedoelde 100% financiering (zie hiervoor) werd zoals vermeld wegens staatssteunregels beperkt tot 80%. Dat heeft – uit de aard der zaak – tot gevolg dat voor de financiering van de resterende 20% er voor een financiële instelling conveniërende zekerheden moeten worden afgegeven. Uitwerking van de mogelijkheden daarvoor veronderstelt dat elk van de partners in Distriport daartoe desnodig, elk voor een/derde deel , eigen vermogen kan inzetten (vgl. artikel 10.2 Samenwerkingsovereenkomst; zie hiervoor 1.7). De essentie van de weigering van de Provincie om de financieringsvoorstellen van Distriport goed te keuren – of zelfs maar serieus te beoordelen – is derhalve uiteindelijk gebleken de *a priori* weigering te zijn om de dochtervennootschap van NHN die –

expliciet in de plaats van de provincie - als commandiet is toegetreden tot Distriport, van kapitaal te voorzien en daarmee *de facto* verhindert dat deze commandiet haar contractuele verplichtingen jegens de overige commanditaire vennoten kan nakomen. In de Brief (p. 6) is dit op wel zeer navrante wijze door uw College verwoord:

> *"Daar komt bij dat alle vennoten van Distriport en de provincie Noord-Holland ten tijde van sluiting van de overeenkomsten wisten dan wel konden weten dat één van de partijen, te weten NHN Vastgoed B.V., geen eigen middelen had en heeft om als ontwikkelaar deel te nemen aan het project Distriport."*

Dat de vennoten van Distriport daarvan op de hoogte waren of konden zijn, wordt door elk van de vennoten, inclusief NHN, betwist. De Provincie erkent evenwel *expressis verbis* dat zij voor het aangaan van het Afsprakenkader, de Borgovereenkomst en Grondverkoopovereenkomst – waarin de Provincie zich bindt aan de volgende tekst: "*dat NHN – in plaats van de provincie – naast de ontwikkelaars terzake zal participeren en dat Zeeman, De Peyler en NHN ieder terzake voor een gelijk deel zullen participeren*" – wist dat zij Zeeman en De Peyler met een 'pseudo-commandiet' ging opzadelen. De Provincie zat er in eenzelfde tekensessie op 19 juni 2008 als waarin de Borgovereenkomst en de Grondverkoopovereenkomst werden gesloten nota bene bij toen de Samenwerkingsovereenkomst werd aangegaan waarin de GEM werd opgericht die in de Borgovereenkomst en de Grondverkoopovereenkomst figureert en waarbij NHN Vastgoed B.V. diverse financiële verplichtingen op zich nam jegens de beide andere commanditaire vennoten. Deze erkenning zijdens de Provincie doet Distriport met stomheid geslagen zijn. Het spreekt voor zich dat Zeeman, De Peyler en Distriport nimmer de Grondverkoopovereenkomst en de Borgovereenkomst zouden hebben ondertekend indien zij hiervan – evenals kennelijk de Provincie – op dat moment op de hoogte zouden zijn geweest.

1.19. Uit het vorenstaande blijkt dat de Provincie, aldus handelende, feitelijk haar eigen (ontoelaatbare) weigeringsgrond voor het financieringsvoorstel heeft gecreëerd. Dat deze weigering – in contractuele termen – niet redelijk is, moge duidelijk zijn. In de eerste plaats is de weigering van het *funden* van de NHN-dochter onrechtmatig jegens De Peyler en Zeeman, die immers mochten aannemen dat de commandiet die de Provincie in het Afsprakenkader naar voren heeft geschoven niet alleen meedeelt in de revenuen van het project, maar ook de contractuele lasten draagt, althans daartoe tenminste in staat wordt gesteld (zie artikel 1.1 Afsprakenkader; zie onderdeel 1.3 hiervoor) en aldus een volwaardige commandiet is, recht doende aan de publiek-private samenwerking die met het Afsprakenkader werd beoogd. Door zich bovendien in het kader van de financieringsdiscussie daarop te beroepen handelt de Provincie in strijd met het verbod van *détournement de pouvoir*. Dit betekent dat de Provincie ten onrechte goedkeuring heeft onthouden aan het financieringsvoorstel zijdens Distriport.

1.20. Het vorenstaande wordt geïllustreerd door de opstelling van de Provincie over de financieringsvarianten. In het overleg van 28 april 2011 kon of wilde de Provincie niet reageren op het voorstel van 14 april 2011. In het overleg van 30 mei 2011 kon Distriport nog altijd niet beschikken over een reactie van de Provincie op het voorstel van 14 april 2011, en lag – op verzoek van de Provincie – weer een door Distriport uitgewerkte andere variant voor (zie de brief van 26 mei 2011). Van overleg daarover op 30 mei 2011 is evenwel geen sprake geweest. De gedeputeerde Van Run volstond met de opmerking dat de Provincie vond dat met dit voorstel de risico's voor de Provincie toenamen. De weerlegging ter vergadering dat het voorstel dan niet begrepen is, met het aanbod om de details van het voorstel nader uit te leggen en te bespreken, werd zonder motivering afgewezen. De Provincie zou dit later wel toelichten, zo werd gezegd. Afgesloten werd met de opmerking van de gedeputeerde dat alle inspanningen van Distriport niet afdoen aan het besluit van uw College dat al in februari 2011 zou zijn genomen. De strekking van dit besluit wordt Distriport inmiddels duidelijk. Niettemin wenst Distriport een volledig inzicht in alle stukken die op deze bestuurlijke aangelegenheid, waaronder het genoemde GS-besluit van februari 2011, te hebben. **Met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur en artikel 10 EVRM verzoek ik uw College om aan ondergetekende omgaande toe te zenden alle informatie neergelegd in documenten over deze bestuurlijke aangelegenheid, waarbij als bestuurlijke aangelegenheden in elk geval kunnen worden gedefinieerd het project Distriport in den brede, alsmede de positie van NHN in den brede. In elk geval worden gevraagd de op deze aangelegenheden betrekking hebbende collegebesluiten en ambtelijke voorstellen daartoe, waaronder in elk geval 'het besluit van februari 2011' zomede alle daarop betrekking hebbende interne en externe financiële en juridische adviezen.**

1.21. Distriport moet, kijkend naar het verloop van de besprekingen sedert 26 januari 2011, concluderen dat de Provincie de indruk heeft gewekt serieus te kijken naar financieringsvoorstellen zijdens Distriport en Distriport daarvoor veel inspanningen heeft laten verrichten, zowel intern als richting BNG, terwijl (a) duidelijk is geworden dat financieringsvoorstellen ten onrechte werden afgewezen op staatssteunaspecten terwijl de werkelijke reden was dat is besloten om NHN(-dochters) niet te *funden* en (b) kennelijk het besluit om niet met Distriport verder te gaan reeds in februari 2011 is genomen, en nadien nog slechts naar grondslagen werd gezocht en Distriport 'aan het lijntje werd gehouden'.

1.22. Uit het commentaar op de financieringsvoorstellen, zoals dat thans in de Brief voor het eerst is neergelegd, wordt bovendien duidelijk dat deze voorstellen inderdaad door de Provincie niet serieus zijn beoordeeld of niet zijn begrepen. Zoals vermeld heeft de Provincie het aanbod van Distriport om de voorstellen nader tot in detail met financiële experts van beide zijden te bespreken ter vergadering resoluut – maar zonder motivering – afgewezen.

1.23. Aldus staat allerminst vast dat Distriport geen financieringsvoorstel kan doen c.q. heeft kunnen doen dat volledig binnen de kaders van de Grondverkoopovereenkomst en de Borgovereenkomst past. Aldus staat eveneens vast dat de Provincie haar goedkeuring aan de financieringsvoorstellen van Distriport op onredelijke gronden heeft onthouden.

Ontbinding

1.24. Deze handelwijze wordt niet gerechtvaardigd door de stelling van de Provincie dat zij sedert 21 februari 2011 niet meer contractueel aan Distriport is gebonden. De Provincie heeft artikel 2.1 Grondverkoopovereenkomst ontbonden en heeft geconcludeerd dat de artikelen 2.1 en 2.2 Borgovereenkomst vervallen zijn; de Provincie heeft de gronden schriftelijk te koop aangeboden aan Zeeman respectievelijk De Peyler afzonderlijk; de Provincie heeft zelf financieringsvoorstellen geformuleerd die elke relatie met de Grondverkoopovereenkomst en de Borgovereenkomst missen.

1.25. Zoals hiervoor is opgemerkt bestond op 21 februari 2011 geen grondslag voor ontbinding zijdens de Provincie. De aanspraak op afname door Distriport bestond eerst sinds 26 januari 2011. Na 26 januari 2011 heeft geen ingebrekestelling plaatsgevonden, en is integendeel uitvoering gegeven aan op 20 januari 2011 gemaakte afspraken, leidend tot overleg tussen vertegenwoordigers van de Provincie, BNG en NHN Finance, en vervolgoverleg op 10 maart 2011. Het is de Provincie geweest die van haar kant geen gevolg heeft gegeven aan de afspraken, een en ander zoals in de brief van 30 maart 2011 is verwoord. De Provincie heeft haar eenzijdige ontbinding per brief van artikel 2.1 van de Grondverkoopovereenkomst gemotiveerd met de stelling dat de brief van 31 januari 2011 de Provincie "*vooralsnog onvoldoende vertrouwen*" geeft dat er een passend voorstel zou komen. Dat dit inhoudelijk onjuist is, is in het vorenstaande aangetoond. Formeel beoordeeld is Distriport op geen enkel moment in verzuim geraakt, en is nakoming van de overeenkomst niet blijvend of tijdelijk onmogelijk. Reeds hierom moet worden geoordeeld dat de Provincie artikel 2.1 Grondverkoopovereenkomst niet rechtsgeldig heeft ontbonden.

1.26. Tot deze conclusie wordt om nog een andere reden gekomen. Zoals hiervoor onder 1.10 vermeld, is in de Grondverkoopovereenkomst een specifieke bepaling opgenomen over de achtergrond van de verkoop door de Provincie van de gronden aan de ontwikkelaar:

> *"Bij de regeling van koop en verkoop als bedoeld in artikel 2 hierna – en de voorwaarden en bepalingen waaronder die plaatsvindt – moet worden bedacht – zoals ook uit het Afsprakenkader blijkt – dat het tot stand brengen van die regeling van verkoop en koop voor de ontwikkelaars ook een voorwaarde was voor de in het Afsprakenkader geregelde verkoop van gronden door de ontwikkelaars aan de Provincie, c.q. het in het Afsprakenkader eveneens geregelde verlenen van medewerking door de ontwikkelaars aan een contractsovername door de Provincie*

van de met betrekking tot gronden tot stand gebrachte overeenkomsten van koop en verkoop."

Met andere woorden: de ontwikkelaars hadden hun gronden niet aan de Provincie verkocht, als de gronden niet tevens zouden worden terugverkocht en geleverd aan de ontwikkelaars. Indien derhalve de ontbinding van artikel 2.1 Grondverkoopovereenkomst geldig zou zijn – quod non – dan zou dit tevens gevolgen hebben voor (de artikelen 3 en 4) van het Afsprakenkader, welk Afsprakenkader immers – zie de Borgovereenkomst en de Grondverkoopovereenkomst – tussen partijen is blijven gelden. Blijft de ontbinding van artikel 2.1 Grondverkoopovereenkomst in stand, dan is gelet op artikel 1.2 Grondverkoopovereenkomst ook het Afsprakenkader ontbonden voor zover dat ziet op verkoop van de gronden van de ontwikkelaars aan de Provincie, althans doet Distriport – door deze en mitsdien voorwaardelijk – een beroep op ontbinding van (de desbetreffende bepalingen van artikel 3 en 4 van) het Afsprakenkader. Dit heeft tot gevolg dat de gronden door de Provincie aan Distriport dienen te worden geleverd.

1.27. Indien de ontbinding van artikel 2.1 Grondverkoopovereenkomst al valide zou zijn – nogmaals: quod non – dan kan dit niet leiden tot de conclusie in de Brief, die weergeeft dat uw College heeft besloten 'niet langer met de private partijen die betrokken zijn bij Distriport het Distriport project uit te voeren'. Immers, de Provincie heeft de ontbinding beperkt tot één artikel uit de Grondverkoopovereenkomst. Voor het overige zijn de Grondverkoopovereenkomst, Borgovereenkomst en Afsprakenkader niet ontbonden. Uit het stelsel van de contractuele afspraken, met name uit het bepaalde bij artikel 4.1 Borgovereenkomst en 5.1 Grondverkoopovereenkomst volgt dan dat bij deze – alsdan gewijzigde - omstandigheden "*partijen op verzoek van de meest gerede partij met elkaar in overleg [treden] 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 de overeenkomst*".

1.28. Het is dus allerminst zo, zoals de Brief lijkt te suggereren, dat de Provincie met één pennestreek van Distriport, respectievelijk van haar contractuele verplichtingen jegens Distriport, af is. Deze conclusie zou ook vanuit billijkheidsoogpunt onaanvaardbaar zijn. Distriport heeft zich, samen met de gemeente Koggenland, de afgelopen jaren tot het uiterste ingespannen om het project Distriport Noord-Holland tot een succes te maken. Onder meer het bestemmingsplan, het exploitatieplan en het beeldkwaliteitsplan zijn voor haar rekening opgesteld. Op dit moment is sprake van een vastgesteld bestemmingsplan, dat evenwel nog niet onherroepelijk is. Voor rekening van Distriport wordt op dit moment in nauwe samenwerking met de gemeente Koggenland het verweer tegen de tegen het bestemmingsplan ingestelde beroepen voorbereidt, hetgeen een zeer aanzienlijke feitelijke en financiële inspanning behelst. In de Brief wordt een weerslag van deze actieve en constructieve houding van Distriport, geheel volgens de contractuele afspraken, in het geheel niet aangetroffen. Indien ontbinding van artikel 2.1 Grondverkoop-

overeenkomst dus al valide zou zijn, zouden partijen voor het overige weer met elkaar aan tafel moeten om de overeenkomst te wijzigen of aan te vullen, en zou ontbinding 'voor het overige' pas aan de orde komen in allerlaatste instantie, en niet zonder rekening te houden met de belangen van Distriport, waaronder in dit verband tevens te verstaan de zeer aanzienlijke investeringen die Distriport de afgelopen jaren in dit project heeft gepleegd.

1.29. Het gaat werkelijk niet aan dat de Provincie Distriport haar deel van de overeenkomst volledig doet uitvoeren, om vervolgens eenzijdig de gronden – oorspronkelijk eigendom van (de partners van) Distriport – aan zich te houden en te profiteren van de waardestijging van de gronden die dankzij de feitelijke en financiële inspanningen (op risico) van de private ontwikkelaars tot stand gaan komen.

Vordering tot nakoming zijdens Distriport; Provincie in verzuim

1.30. Naar het oordeel van Distriport is de ontbinding door de Provincie van artikel 2.1 Grondverkoopovereenkomst geenszins valide, zoals hiervoor is uiteengezet. Distriport heeft integendeel de Provincie bij brief van 26 mei 2011 gesommeerd de overeenkomsten na te komen. In de Brief wordt verklaard dat de Provincie aan deze sommatie niet voldoet. Daarmee is de Provincie formeel in verzuim.

Schade

1.31. Distriport heeft de Provincie reeds aansprakelijk gesteld voor alle schade die uit het handelen van de Provincie voor het project voortvloeit. U schrijft in de Brief niet te weten waarom dit handelen het project schade zou berokkenen.

1.32. Distriport heeft gewezen op de risico's voor de lopende bestemmingsplanprocedure. In de contractuele situatie is de financiële en economische uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan – een onderdeel dat ter toetsing voorligt bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – verzekerd. In de situatie die als gevolg van het besluit van de Provincie is ontstaan, kan door appellanten dienaangaande gerede twijfel worden gezaaid. Immers, de ontwikkelaar die het project voor eigen rekening en risico zou uitvoeren is – volgens de Provincie – aan de kant gezet, en een verklaring van de Provincie dat zij het project voor eigen rekening en risico uitvoert – en haar kosten verhaald heeft gekregen – is niet voorhanden. Een juridische strijd tussen de Provincie en haar contractspartner gaat het betoog dat het project financieel en economisch uitvoerbaar is stellig geen goed doen. Voor alle schade die het gevolg mocht zijn van het handelen van de Provincie, indien dat tot gevolg heeft dat het Bestemmingsplan niet of met vertraging onherroepelijk wordt, houdt Distriport de Provincie aansprakelijk. Indien het door Distriport in te zetten juridische traject tot gevolg heeft dat de gronden aan Distriport worden geleverd conform de vigerende overeenkomsten, en het hiervoor besproken nadelige effect voor de planologische procedure zet zich in, zal Distriport er – bij wege van schade-

beperking of schadevergoeding – aanspraak op kunnen maken dat de Provincie de gronden in eigendom overneemt dan wel de waardedaling aan Distriport vergoedt..

1.33. Ook los echter van het planologische aspect is de handelwijze van de Provincie onzorgvuldig en onverantwoordelijk. Distriport heeft uw College er meermaals op gewezen dat in de sedert 2008 ingrijpend gewijzigde economische omstandigheden het verkrijgen van een externe financiering voor een grootschalige gebiedsontwikkeling geen vanzelfsprekendheid (meer) is. Distriport is er in geslaagd, zoals uw College bekend is, om BNG te engageren. De door Distriport aan uw College gepresenteerde financieringsvoorstellen werden alle gedragen door BNG. Distriport wijst uw College er op dat de handelwijze van de Provincie – waaronder niet in de laatste plaats te noemen de eenzijdige, onaangekondigde en onjuiste openbare berichtgeving – schadelijke gevolgen kan hebben voor de financierbaarheid van het project. De schade is enorm indien de BNG in de ontwikkelingen aanleiding zou zien om haar voorstellen in te trekken, en andere banken niet bereid zouden blijken om te financieren. Meer in het algemeen berokkent de handelwijze van de Provincie Distriport en haar vennoten potentieel aanzienlijke schade, nu als gevolg van het geschonden imago van het project geïnteresseerde afnemers zouden kunnen afhaken. Ook voor al deze schade houdt Distriport de Provincie integraal aansprakelijk.

1.34. Naast de schade waarvoor Distriport de Provincie aansprakelijk houdt, zal Distriport bij de Provincie vergoeding claimen van alle gemaakte – en inmiddels ter voorkoming van (verdere) schade nog steeds te maken – kosten, alsmede vergoeding van het positief contractsbelang.

2. Standpunt Distriport

2.1. Distriport bestrijdt integraal de inhoud van de Brief, betwist de rechtsgeldige ontbinding van artikel 2.1 Grondverkoopovereenkomst en het 'verval' van artikel 2.1 en 2.2 van de Borgovereenkomst, en bestrijdt de conclusie van uw College dat het u thans vrij zou staan te doen met de gronden hetgeen u goeddunkt, en Distriport geen rol meer te gunnen bij de realisering van het project.

2.2. Distriport beroept zich integraal op de geldende overeenkomsten: Afsprakenkader, Borgovereenkomst en Grondverkoopovereenkomst, en maakt aanspraak op – en zonodig: vordert in rechte – conforme nakoming door de Provincie.

2.3. De Provincie is gelet op de sommatie als opgenomen in de brief van 26 mei 2011 in verzuim.

2.4. Ter verzekering van haar recht op levering van de in de overeenkomsten bedoelde gronden heeft Distriport heden conservatoir beslag tot levering doen leggen op alle oorspronkelijk door (de partners van) Distriport aan de Provincie verkochte gronden.

2.5. Distriport zal zich genoodzaakt zien tijdig een procedure in de hoofdzaak aanhangig te maken, die ertoe strekt dat Distriport op de condities zoals deze contractueel zijn overeengekomen op de kortst mogelijke termijn de eigendom van de betreffende gronden verkrijgt.

2.6. Distriport houdt de Provincie integraal aansprakelijk voor alle geleden en nog te lijden schade als gevolg van de handelwijze van de Provincie. Deze schade zal mede omvatten het positief contractsbelang en de gemaakte en nog te maken kosten. De schade zal zeer aanzienlijk zijn.

2.7. Met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur en artikel 10 EVRM is in deze reactie het verzoek aan uw College neergelegd om aan ondergetekende omgaande toe te zenden alle informatie neergelegd in documenten over deze bestuurlijke aangelegenheid, waarbij als bestuurlijke aangelegenheden in elk geval kunnen worden gedefinieerd het project Distriport in den brede, alsmede de positie van NHN in den brede.

2.8. Distriport wijst de Provincie er op dat alle producten ten behoeve van het project Distriport Noord-Holland door, in opdracht van en voor rekening van Distriport zijn tot stand gekomen. Het is de Provincie uitdrukkelijk niet toegestaan, mede op grond van de bij Distriport berustende intellectuele eigendomsrechten, haar naam, producten, halffabrikaten, gegevens, website, kennis, relaties etc. te gebruiken zonder toestemming van Distriport.

2.9. Distriport verzoekt, en voor nodig sommeert, de Provincie zich te onthouden van elke feitelijke of rechtshandeling die de uitvoering van het project conform de vigerende overeenkomsten frustreert of belemmert, dan wel daarmee op andere wijze intervenieert. Distriport is exclusief de ontwikkelaar van Distriport Noord-Holland. Uw besluit van 14 juni 2011 c.q. uw eerdere besluit van februari 2011 sorteert jegens haar, zoals hiervoor is uiteengezet, geen effect.

2.10. Gelet op het eminente belang van Distriport en van het project bij het voorkomen van enige langslepende rechtsgang, zendt Distriport een afschrift van deze brief aan Provinciale Staten, de voorzitters van de Statenfracties en de voorzitters van de betrokken Statencommissies, opdat het bestuur in den brede en volledig wordt geïnformeerd over de als gevolg van het besluit van uw College ontstane situatie, met het verzoek daaraan zo spoedig mogelijk een passend einde te maken, rekening houdend met de wederzijdse belangen. Een afschrift van de brief die ik heden verzond aan Provinciale Staten, de voorzitters van de Statenfracties en de voorzitters van de betrokken Statencommissies, doe ik u hierbij toekomen.

2.11. Distriport zal er inmiddels vooralsnog alles aan blijven doen om (verdere) schade voor het project Distriport Noord-Holland te voorkomen, en zal zich voor eigen rekening en in samenwerking met de gemeente Koggenland blijven inspannen om de planologische be-

roepsprocedure zo adequaat mogelijk te voeren en daarmee in het belang van het project onherroepelijkheid van het Bestemmingsplan te bewerkstelligen.

Voor overleg over deze aangelegenheid houd ik mij namens cliënten gaarne beschikbaar. Cliënten moeten zich jegens de Provincie inmiddels alle rechten voorbehouden.

Hoogachtend,
Houthoff Buruma

J.F. de Groot

Bijlage:

- Afschrift brief d.d. 24 juni 2011 aan Provinciale Staten, voorzitters Statenfracties, voorzitters Statencommissie WEB en R&M.

Kopie aan:

- Provinciale Staten van Noord-Holland;
- Voorzitters Statenfracties;
- Voorzitter Statencommissie WEB;
- Voorzitter Statencommissie R&M.