

Arrondissementsrechtbank Almelo
Rolnummer 37122HA ZA 00-250
Rolzitting d.d. 26 april 2000

CONCLUSIE VAN ANTWOORD

Inzake:

1. de vennootschap onder firma **S.E. FIREWORKS V.O.F.**,
gevestigd en kantoorhoudende te Enschede,
2. **RUDI JAN BAKKER**,
wonende te Enschede,
3. **JOHANNA BAKKER-NIJKAMP**,
wonende te Enschede,
4. **WILHELM PATER**
wonende te Enschede,
5. **MARION SCHIPPERS**
wonende te Enschede,

gedaagden,
procureur: Mr C.P.B. Kroep

Contra:

de besloten vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid **SMALLENBROEK
HOLDING B.V.**,
gevestigd en kantoorhoudende te Enschede,
eiseres,
procureur Mr E.M.M. van de Loo

Gedaagden, hierna enkelvoudig aan te duiden als SE Fireworks v.o.f., doen zeggen en concluderen voor antwoord:

1. SE Fireworks v.o.f. ontkent en betwist al hetgeen eiseres, hierna te noemen Smallenbroek Holding, heeft gesteld in het exploit van dagvaarding van 1 maart 2000 voor zover zij hierna niet één of meer stellingen van Smallenbroek Holding uitdrukkelijk heeft erkend.
2. Paragraaf 1 van het exploit van dagvaarding is onjuist. Niet Smallenbroek Holding, maar SE Fireworks B.V., thans genaamd Smallenbroek Pyro Consultant B.V., heeft de onderneming betrekking hebbend op handel in vuurwerk aan de Tollenstraat 50 te Enschede verkocht aan SE Fireworks v.o.f.
3. Smallenbroek Holding was/is statutair directeur en houder van alle aandelen van SE Fireworks B.V., thans Smallenbroek Pyro Consultant B.V.
4. SE Fireworks v.o.f. heeft voor de onderneming een koopsom betaald van f 1.200.000,00. In deze koopsom is een bedrag van f 462.359,00 aangemerkt als goodwill.
5. Tegelijk met de overeenkomst van koop en levering van de onderneming heeft SE Fireworks v.o.f. ook een overeenkomst van geldlening gesloten met Smallenbroek Holding. Smallenbroek Holding heeft aan SE Fireworks v.o.f. een bedrag van f 600.000,00 geleend. Deze lening is achtergesteld bij de geldlening met staatsgarantie ad f 185.000,00, welke SE Fireworks v.o.f. heeft gesloten met de ABN-AMRO. De achterstelling is verwoord in artikel 8 lid 1 van de overeenkomst van geldlening (**produktie 2 conclusie van eis**).
6. De koopsom van f 1.200.000,00 kon voor een bedrag van f 600.000,00 niet worden gefinancierd met eigen vermogen en evenmin met vreemd vermogen afkomstig van reguliere bankinstellingen. Vanwege het geringe eigen vermogen was de solvabiliteit daarvoor te gering. Hierbij moet worden bedacht dat SE Fireworks v.o.f. een bedrag

van ruim f 462.000,00 moest betalen aan goodwill, waartegenover geen zekerheden stonden.

7. In verband met het lage eigen vermogen en het forse bedrag aan goodwill zijn partijen in de overeenkomst van koop en levering ook een beding van non-concurrentie overeengekomen. SE Fireworks v.o.f. moe(s)t een redelijke termijn worden gegund om de goodwill te gelde te maken en het eigen vermogen cq. het aandeel van het eigen vermogen ten opzichte van het totale vermogen op te krikken. Immers, bij een te laag eigen vermogen blijft de solvabiliteit te laag en zal SE Fireworks v.o.f. geen vervangende financiering (kunnen) verkrijgen van het risicokapitaal, zijnde de achtergestelde lening van f 600.000,00.

8. Het beding van non-concurrentie in artikel XI van de overeenkomst van koop en levering luidt als volgt:

"1. De verkoper zal zich in Nederland, direct en indirect, anders dan ten behoeve van koper, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van laatstgenoemde, gedurende 2 jaar vanaf heden van volgende onthouden:

- a. *het juridisch en economisch, in welke kwaliteit ook betrokken zijn bij werkzaamheden welke vergelijkbaar zijn of concurreren met de huidige werkzaamheden van de onderneming;*
- b. *het in dienst nemen of te werk stellen van personen die in de daaraan voorafgaande periode van 2 jaar werkzaam zijn geweest in de onderneming.*

(...)

Indien de verkoper het bepaalde sub 1 en/of 2 overtreedt, verbeurt hij aan de koper door de enkele overtreding een direct en zonder ingebrekestelling en/of rechterlijke tussenkomst opeisbare boete van f 10.000,00 (tienduizend gulden) te vermeerderen met f 1.000,00 (duizend gulden) voor iedere dag of een gedeelte van een dag dat de overtreding na de eerste dag van de overtreding voortduurt, onverminderd het recht van de koper om naast de boete nakoming alsmede vergoeding van werkelijk geleden vermogensschade te vorderen."

9. Het concurrentiebeding vermeldt als geldingsduur:

"Gedurende 2 jaar vanaf heden (...)"

10. Heden was destijds 27 april 1998. Het concurrentiebeding geldt dus nog steeds, en wel tot 27 april 2000.
11. Ook zonder een beding van non-concurrentie (op schrift) geldt dat SE Fireworks B.V., thans Smallenbroek Pyro Consultant B.V., en de aan haar gelieerde personen/vennootschappen zich onder bovengeschetste omstandigheden dienen te onthouden van concurrerende werkzaamheden; vgl. vonnis van de President te Alkmaar van 24 september 1998, KG 1998, 278.
12. SE Fireworks v.o.f. heeft moeten constateren dat haar niet een redelijke termijn is gegund om de goodwill, waarvoor zij heeft betaald, te gelde te maken. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat goodwillbedragen geacht worden binnen een termijn van zo'n 5 jaren te zijn terugverdiend. Partijen zijn een beding van non-concurrentie overeengekomen van tenminste 2 jaren. Ook daarna geldt dat ongebreidelde concurrentie niet is toegestaan ingevolge de artikelen 6:2 en 248 B.W.
13. Ondanks het beding van non-concurrentie werd SE Fireworks v.o.f. reeds in de eerste 2 jaren van haar bestaan geconfronteerd met tal van concurrerende werkzaamheden van SE Fireworks B.V., thans Smallenbroek Pyro Consultant B.V., en van aan haar gelieerde personen/vennootschappen. Vanwege (mede) deze concurrentie is het SE Fireworks v.o.f. niet gelukt om binnen 2 jaren na de overname de lening met staatsgarantie bij de ABN-AMRO af te lossen en/of het eigen vermogen cq. het aandeel van het eigen vermogen in het totale vermogen zodanig op te krikken dat de achtergestelde lening van f 600.000,00 kan worden hergefinancierd. SE Fireworks v.o.f. wil graag van Smallenbroek Holding af zijn, maar Smallenbroek Holding heeft het aan haar zelf en aan haar gelieerde personen/vennootschappen te danken dat dit tot op heden niet is gelukt. SE Fireworks v.o.f. heeft reeds concrete besprekingen gevoerd met haar huisbankier over de overname van de financiering van de achtergestelde lening van f 600.000,00, maar die was nog niet bereid om hieraan mee te werken.
14. SE Fireworks v.o.f. somt hieronder in het kort op welke concurrerende activiteiten Smallenbroek Holding cq. aan haar gelieerde personen/vennootschappen jegens SE Fireworks v.o.f. hebben verricht.

- a. Op zondag 22 januari 2000 heeft de heer Smallenbroek, directeur/eigenaar van Smallenbroek Holding, aan alle klanten van SE Fireworks v.o.f., zowel in als buiten Nederland een uitnodiging gestuurd om de stand op de Nürnberger beurs 2000 van een concurrent van SE Firworks v.o.f. te bezoeken. De heer Smallenbroek heeft de stand van deze concurrent ook daadwerkelijk gedurende 5 dagen bemand. Een kopie van de uitnodiging wordt hierbij als **productie 1** overgelegd.
- b. Mevrouw Smallenbroek, echtgenote van de heer Smallenbroek is op 14 juli 1999 een handelsonderneming in vuurwerk begonnen onder de naam Smallesto. Mevrouw Smallenbroek heeft middels haar onderneming Smallesto in volle openheid rechtstreeks klanten van SE Fireworks v.o.f. benaderd met concrete aanbiedingen. Een kopie van deze aanbiedingen wordt hierbij als **productie 2** overgelegd. Mevrouw Smallenbroek is weliswaar niet statutair gelieerd aan één van de vennootschappen betrokken bij de overeenkomst van koop en levering en/of de overeenkomst van geldlening, maar uit (1) het door de heer en mevrouw Smallenbroek opgestelde rondschrjven d.d. 23 juni 1998, (2) bijlage 3 van de overeenkomst van koop en levering, (3) de brief van 22 september 1998 van Smallenbroek Holding aan De Jong & Laan Accountants en (4) de overige hieronder nog te noemen producties blijkt overduidelijk de betrokkenheid van mevrouw Smallenbroek (in het verleden) bij de vennootschappen die zich te houden hebben aan het beding van non-concurrentie. Smallenbroek c.s. trachtten via de strovrouw Smallenbroek het beding van non-concurrentie te omzeilen. Mevrouw Smallenbroek maakte evenwel gebruik van alle kennis, die zij middels haar werkzaamheden voor de verkochte onderneming in de afgelopen tientallen jaren had opgedaan. Een kopie van de hierbovenbedoelde bescheiden wordt als **productie 3** in het geding gebracht.
- c. SE Fireworks v.o.f. legt over als **productie 4** een kopie van de fax van SE Fireworks B.V., thans Smallenbroek Pyro Consultant B.V. van 14 juli 1998, welke buiten medeweten van SE Fireworks v.o.f. is verzonden aan een klant van SE Fireworks v.o.f. In strijd met de waarheid schrijven de heer en mevrouw Smallenbroek aan de klant van SE Fireworks v.o.f. dat de onderneming zou zijn gesplitst. Ook wordt niet het adres aan de Tollenstraat 50 te Enschede genoemd, maar het adres aan de Mensinkweg 26 te Enschede, zijnde het adres van Smallenbroek Holding en de aan haar gelieerde personen/vennootschappen. Het adres aan de Mensinkweg 26 te Enschede is ook het woonadres van de heer en mevrouw Smallenbroek.

- d. Ook onderhoudt Smallenbroek Holding en/of de aan haar gelieerde personen/vennootschappen zeer nauwe contacten met een concurrent van SE Fireworks v.o.f. cq. Riedlinger. De naam van mevrouw Smallenbroek heeft vorig jaar nota bene op het briefpapier/reclamemateriaal van Riedlinger gestaan dat aan alle klanten van SE Fireworks v.o.f. is verzonden. Ook het corresponderende fysieke adres van de postbus van Riedlinger in Nederland was en is het adres van Smallenbroek Holding. Mevrouw Smallenbroek verzorgde de verzending van reclamemateriaal en concrete aanbiedingen van Riedlinger aan klanten van SE Fireworks v.o.f. Een kopie van de hier bedoelde bescheiden wordt als **productie 5** overgelegd.
- e. Daarnaast heeft SE Fireworks v.o.f. moeten constateren dat de heer Smallenbroek al dan niet middels één of meer van door hem beheerste vennootschappen offertes heeft uitgebracht en uitvoeringen heeft verzorgd van het Mega Dance/Venga Boys-festijn op 14 december 1998 en van het Amstel-Spektakel op 10 januari 1999. Een kopie van de offerte van 5 november 1998 wordt hierbij als **productie 6** overgelegd.
- f. Verder ontdekte SE Fireworks v.o.f. medio vorig jaar dat de heer Smallenbroek op de deskundigheidslijst cq. schietlijst van concollega Wagenvoort stond vermeld. De heer Smallenbroek was/is dus bevoegd om voor de concurrent van SE Fireworks v.o.f. concurrerende werkzaamheden uit te voeren.
- g. Voorts vernam SE Fireworks v.o.f. in mei 1999 van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, directoraat generaal goederenvervoer, dat Smallenbroek Holding een verzoek had ingediend om de door SE Fireworks v.o.f. overgenomen bezigheidsvergunningen op naam te zetten van Smallenbroek Holding. Waarom had Smallenbroek Holding nu een bezigheidsvergunning nodig, indien zij geen handel mag drijven in vuurwerk vanwege het concurrentiebeding? Een kopie van het verzoek van Smallenbroek Holding van 21 mei 1999 aan het Ministerie wordt hierbij als **productie 7** overgelegd.
- h. Ook heeft de heer Smallenbroek buiten medeweten van SE Fireworks v.o.f. om op 28 november 1998 een brief verzonden naar een Chinese leverancier Jiangmen, waarin hij namens SE Fireworks B.V., thans Smallenbroek Pyro Consultant B.V. deze Chinese leverancier uitnodigt. De heer Smallenbroek is dus gewoon bezig geweest om buiten SE Fireworks v.o.f. om zaken te doen en contacten te

onderhouden met deze Chinese leverancier. Immers, waarom heeft de heer Smallenbroek deze Chinese leverancier niet uitgenodigd op naam van SE Fireworks v.o.f.. Ook bleek de heer Smallenbroek alstoen met de heer Zhang en een zekere Lisa van deze Chinese leverancier afspraken te hebben gemaakt om hen te begeleiden naar de beurs in Nürnberg. De beurs in Nürnberg is dé beurs voor alle vuurwerkhandelaren. SE Fireworks v.o.f. had zelf graag met deze leverancier de beurs 1999 in Nürnberg willen bezoeken. Zij had daartoe reeds op 5 november 1998 (!!) een uitnodiging verzonden aan Jiangmen, zodat deze firma de visa kon aanvragen voor Zhang en Lisa.

- i. Daarnaast heeft SE Fireworks v.o.f. in 1999 ontdekt dat Smallenbroek Holding en aan haar gelieerde personen/vennootschappen ten tijde van de onderhandelingen/totstandkoming van de overeenkomst van koop en lening in april 1998 en nadien hebben verzwegen bezig te zijn (geweest) met het aangaan van een samenwerking in Nederland tussen hen en An Ping, zijnde een andere Chinese leverancier van SE Fireworks v.o.f. In oktober 1998 is de heer Smallenbroek naar China geweest om buiten medeweten van SE Fireworks v.o.f. deze leverancier An Ping alsnog te bewegen te komen tot een vorm van samenwerking tussen hem cq. een door hem beheerste vennootschap en An Ping in Nederland.
- j. In februari 2000 werd SE Fireworks v.o.f. geconfronteerd met problemen met An Ping. SE Fireworks v.o.f. vernam van Lidu dat de heer Smallenbroek bij haar op bezoek was geweest en dat hij aan Lidu had laten weten dat hij SE Fireworks was. Bij deze Chinese leverancier ontstond daarop de nodige verwarring die SE Fireworks v.o.f. alleen met de grootst mogelijke moeite weer heeft kunnen wegnemen. Door de ontstane verwarring wilde de Chinese leverancier Lidu ook plotseling dat SE Fireworks v.o.f. een bankgarantie zou stellen voor gedane bestellingen.
- k. Ook bleef SE Fireworks B.V., thans Smallenbroek Pyro Consultant B.V. de naam SE Fireworks en later Fireworks hanteren, waardoor er verwarring te duchten was bij klanten en relaties.

15. SE Fireworks kan nog wel (veel) meer verwijten maken jegens Smallenbroek en aan haar gelieerde personen/vennootschappen als hierboven vermeld, maar ter wille van de bondigheid en helderheid heeft SE Fireworks v.o.f. volstaan met de opsomming van de meest impertinente inbreuken op de letterlijke tekst en/of strekking van het beding van non-concurrentie.

16. Tegen al deze concurrerende activiteiten van Smallenbroek Holding en aan haar gelieerde personen/vennootschappen heeft SE Fireworks v.o.f. vele malen geklaagd bij de raadsman van Smallenbroek Holding. Ook is SE Fireworks v.o.f. vorig jaar hierover een kort geding begonnen. Een kopie van de processtukken van die procedure wordt hierbij als **produktie 8** in het geding gebracht. De President oordeelde in rechtsoverweging 8 van zijn vonnis:

“Naar het oordeel van de President zijn er aanwijzingen dat het concurrentiebeding opgenomen in de overeenkomst van overdracht van de onderneming door één of meer gedaagden is overtreden. Hierover zal echter meer zekerheid moeten worden verkregen alvorens kan worden vastgesteld of er boetes zijn verbeurd. Dat er thans al boetes zijn verbeurd tot een totaalbedrag als door SE Fireworks v.o.f. gesteld, staat niet vast en is evenmin gelet op het daarvoor benodigde bewijs op eenvoudige wijze vast te stellen. De President concludeert dan ook dat de vordering tot betaling van reeds verbeurde boetes zich niet leent voor een uitspraak in kort geding en daarvoor veeleer de weg van een bodemprocedure openstaat. De vordering wordt derhalve afgewezen.”

17. SE Fireworks v.o.f. zal binnenkort een bodemprocedure beginnen, waarin onder meer betaling van verbeurde boetes uit hoofde van het beding van non-concurrentie zal worden gevorderd.

18. Reeds nu wijst SE Fireworks v.o.f. er echter op dat Smallenbroek Holding na alle concurrerende activiteiten niet verbaasd kan en mag zijn over het feit dat de lening met de staatsgarantie bij de ABN-AMRO nog niet is afgelost en dat de solvabiliteit van SE Fireworks v.o.f. nog niet zodanig is dat een herfinanciering mogelijk is van de achtergestelde lening het bedrag van f 600.000,00.

19. SE Fireworks v.o.f. ontkent en betwist overigens dat de lening van de ABN-AMRO met staatsgarantie uiterlijk per juli 2000 door SE Fireworks v.o.f. terugbetaald had moeten zijn. Het is juist dat er een bepaald aflossingsschema is overeengekomen, maar

dit schema is niet zo star als Smallenbroek Holding in het exploit van dagvaarding doet voorkomen. SE Fireworks v.o.f. ontkent en betwist derhalve de stelling van Smallenbroek Holding dat de lening van de ABN-AMRO Bank met staatsgarantie koste wat het kost per juli 2000 afgelost zou (moeten) zijn en dat de achterstelling (daarmee) sowieso per juli 2000 zou (komen te) vervallen. Het is Smallenbroek Holding die zulks stelt, zodat zij dit in rechte moet bewijzen.

20. SE Fireworks v.o.f. ontkent en betwist dat de achtergestelde lening van f 600.000,00 sowieso per 1 juli 2000 opeisbaar zou zijn. De geldlening van f 600.000,00 is achtergesteld bij de lening van de ABN-AMRO met staatsgarantie. Eerst nadat de laatstbedoelde lening inclusief rente volledig is (terug)betaald aan de ABN-AMRO is Smallenbroek Holding bevoegd haar geldlening op te eisen en voldoening van de vervallen rentetermijnen te vorderen. De stelling van Smallenbroek Holding dat de achterstelling zou zijn/komen te vervallen per 1 juli 2000 wordt door SE Fireworks v.o.f. derhalve ontkend en betwist.
21. SE Fireworks v.o.f. is van mening dat de gemaakte afspraken helder zijn. Indien en zo lang de lening van de ABN-AMRO Bank met staatsgarantie nog niet geheel is afgelost, kan Smallenbroek Holding de lening ad f 600.000,00 niet opeisen. Het feit dat de lening bij de ABN-AMRO Bank met staatsgarantie nog niet is afgelost is niet ingegeven vanuit het oogpunt om Smallenbroek Holding te pesten. SE Fireworks v.o.f. had graag zo veel geld verdiend dat zij de lening bij de ABN-AMRO Bank met staatsgarantie volledig had kunnen aflossen en ook voldoende eigen vermogen had kunnen opbouwen om een herfinanciering mogelijk te maken van de achtergestelde lening ad f 600.000,00. Een behoorlijke bedrijfsvoering brengt evenwel met zich mee dat de lening van de ABN-AMRO met staatsgarantie nog niet afgelost kan zijn per 1 juli 2000 terwijl de te lage solvabiliteit met zich meebrengt dat een herfinanciering van de achtergestelde lening ook nog niet mogelijk is. De afspraak als verwoord in artikel 8 lid 1 van de overeenkomst van geldlening is dan duidelijk. Indien en zolang de lening met staatsgarantie bij de ABN AMRO nog bestaat, gelijk thans het geval is, kan Smallenbroek Holding het bedrag van f 600.000,00 niet opeisen per 1 juli 2000. De vorderingen van Smallenbroek Holding moeten reeds om deze redenen worden afgewezen.
22. Ook wijst SE Fireworks erop dat de management- en provisie-overeenkomst door haar zijn opgezegd vanwege de concurrerende activiteiten van Smallenbroek Holding én aan haar gelieerde personen/vennootschappen. Ten onrechte poogt Smallenbroek Holding

aan die opzeggingen het recht te ontfemen aan het opheffen van de overeengekomen achterstelling. Smallenbroek Holding heeft de opzeggingen immers zelf in de hand gewerkt.

23. Smallenbroek Holding miskent ook dat SE Fireworks v.o.f. niet verplicht is om over de aflossing en rentebetalingen op de lening met staatsgarantie bij de ABN-AMRO toestemming te vragen aan en/of overleg te voeren met Smallenbroek Holding. In lid 3 van artikel 8 van de geldleningovereenkomst is geregeld op welke wijze Smallenbroek Holding zicht kan houden op de verschuldigde betalingen terzake van de geldlening bij de ABN-AMRO Bank. Partijen zijn terzake niet meer rechten en verplichtingen overeengekomen. Ten onrechte poogt Smallenbroek Holding dan ook aan het ontbreken van haar instemming met de opschorting van de aflossing van de lening bij de ABN-AMRO met staatsgarantie het vermeende recht op opeising van haar achtergestelde lening per 1 juli 2000 te gronden.
24. Kortom: SE Fireworks v.o.f. is van mening dat zij onder de bovengenoemde omstandigheden niet handelt in strijd met de redelijkheid en de billijkheid wanneer zij – zoals thans het geval is – Smallenbroek Holding aan de gemaakte afspraken houdt. Smallenbroek Holding moet de hand in eigen boezem steken omdat zij en aan haar gelieerde personen/vennootschappen op niets verhullende wijze de afgelopen 2 jaren concurrerende activiteiten hebben ontplooid.
25. Voorts vraagt SE Fireworks v.o.f. aandacht voor de positie van de ABN AMRO, die bij eventuele toekenning van de vordering van Smallenbroek Holding verslechtert. Immers, het beding van achterstelling is weliswaar opgenomen in de overeenkomst van geldlening tussen SE Fireworks v.o.f. en Smallenbroek Holding, maar SE Fireworks v.o.f. meent dat artikel 8 lid 1 van de overeenkomst moet worden gezien als een derdenbeding ex artikel 6:253 B.W ten behoeve van de ABN AMRO, althans als een impliciet derdenbeding als vorenbedoeld, welk beding is aanvaard door de ABN-AMRO. De ABN AMRO is daarmee (derde) partij geworden bij de overeenkomst van (achtergestelde) geldlening.
26. Indien en voor zover in rechte mocht worden geoordeeld dat aan de ABN-AMRO geen rechten toekomen uit hoofde van artikel 6:253 e.v., is SE Fireworks v.o.f. (subsidiair) van mening dat aan de ABN-AMRO dergelijke rechten toekomen uit hoofde van de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid ex artikel 6:248 lid 1 B.W.,

dan wel (meer subsidiair) verdient de ABN-AMRO bescherming ingevolge artikel 3:36 B.W. omdat de ABN-AMRO aan SE Fireworks v.o.f. krediet heeft verstrekt en de aflossingstermijnen van de lening met staatsgarantie heeft verruimd in het vertrouwen op de (rechts)geldigheid van de achterstelling.

27. Nog meer subsidiair wijst SE Fireworks v.o.f. op de uitspraak van de Hoge Raad van 20 mei 1994 RvdW 1994/113, waarin hij heeft erkend dat bij de uitleg van een overeenkomst, rekening houdend met artikel 3:12 B.W., specifieke zwaarwegende belangen van derden kunnen prevaleren boven het belang van een contractant. SE Fireworks v.o.f. is van mening dat de belangen van de ABN-AMRO zwaarder wegen dan het belang van Smallenbroek Holding. De ABN-AMRO heeft namelijk (de onderneming van) SE Fireworks v.o.f. in vergaande mate gefinancierd in de veronderstelling dat eerst de top van de financiering door de ABN AMRO zou worden afgelost voordat aflossing van het risicodragende vreemd vermogen zou (kunnen) plaatsvinden.
28. SE Fireworks v.o.f. is van mening dat reeds vanwege de positie van de ABN-AMRO Smallenbroek Holding niet ontvankelijk moet worden verklaard in haar vorderingen, dan wel haar vorderingen moet worden ontzegd, tenzij Smallenbroek Holding bewijst - bijvoorbeeld door middel van het in het geding brengen van een schriftelijke verklaring van de ABN-AMRO - dat laatstgenoemde kan instemmen met de opheffing van de achterstelling en met de opeising van de lening ad f 600.000,00 per 1 juli 2000. Zonder dit bewijs is SE Fireworks v.o.f. van mening dat Smallenbroek Holding ten onrechte heeft nagelaten ook de ABN-AMRO in rechte te betrekken. In artikel 8 lid 1 van de overeenkomst is immers een beding opgenomen ten behoeve van de ABN-AMRO. De ABN-AMRO heeft dit beding ook aanvaard, zodat zij als partij bij deze overeenkomst heeft te gelden. SE Fireworks v.o.f. vordert de nakoming van de overeengekomen achterstelling door Smallenbroek Holding ook jegens de ABN-AMRO. Het hierboven gestelde aangaande de positie van de ABN AMRO laat in de visie van SE Fireworks v.o.f. overigens onverlet het recht van SE Fireworks v.o.f. om zelf een beroep te doen op de achterstelling en op de verweermiddelen die overigens in deze conclusie van antwoord worden gevoerd.
29. Voorts ontkent en betwist SE Fireworks v.o.f. dat Smallenbroek Holding gerechtigd is om de geldlening van SE Fireworks v.o.f. op te eisen per 1 juli 2000 om reden dat in artikel 3 lid 1 van de overeenkomst van geldlening is bepaald dat na aflossing van de

schuld aan de ABN-AMRO partijen in nader overleg een aflossingsschema dienen op te stellen, zodanig dat ieder van de partijen tenminste de bevoegdheid heeft de geldlening volledig op te eisen dan wel af te lossen met inachtneming van een opzegtermijn van één jaar behoudens het in artikel 4 bepaalde. Ook indien de stellingen van Smallenbroek Holding zouden worden gevolgd cq. de lening met staatsgarantie van de ABN-AMRO uiterlijk per 1 juli 2000 afgelost had moeten zijn, maakt zulks Smallenbroek Holding niet gerechtigd om de geldlening volledig op te eisen per 1 juli 2000. Per 1 juli 2000 ontstaat in zo'n geval het recht van Smallenbroek Holding om te eisen dat er een aflossingsschema wordt opgesteld waarbij volledige opeising eerst mogelijk is met inachtneming van een opzegtermijn van één jaar, ergo per 1 juli 2001. Ook reeds om die reden moeten de vorderingen van Smallenbroek Holding worden afgewezen. \

30. Het is overigens juist dat Smallenbroek Holding de overeenkomst van geldlening bij brief van 30 december 1999 heeft opgezegd per 1 juli 2000, maar SE Fireworks v.o.f. is van mening dat deze opzegging is gedaan in strijd met de tussen partijen geldende redelijkheid en de billijkheid, omdat de opzegging in strijd is met de strekking/het doel van de overeenkomst. De achtergestelde geldlening van f 600.000,00 betreft risicokapitaal. Het is voor SE Fireworks v.o.f. vanwege de te lage solvabiliteit niet mogelijk om per 1 juli 2000 andere geldschietters te vinden die bereid zijn om het bedrag van f 600.000,00 te herfinancieren. De opzegging en de opeising per 1 juli 2000 zou de facto het faillissement van SE Fireworks v.o.f. betekenen. De opzegging is in dit verband derhalve ook ontijdig. SE Fireworks is van mening dat de hierbedoelde opzegging om bovengenoemde redenen als nietig moet worden aangemerkt.
31. Het is om deze redenen dat SE Fireworks v.o.f. concludeert tot afwijzing van de vorderingen van Smallenbroek Holding. Indien en voor zover er op SE Fireworks v.o.f. nog enige bewijslast mocht rusten, quod non, biedt zij bewijs aan van al haar stellingen voormeld door alle middelen rechtens in het bijzonder door middel van het horen van getuigen.

MET CONCLUSIE:

Dat het de Rechtbank te Almelo moge behagen bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de vorderingen van eiseres af te wijzen, hetzij door eiseres niet ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, hetzij door eiseres haar vorderingen te ontzeggen, met

veroordeling van eiseres in de kosten van deze procedure, voorts met bepaling dat indien eiseres de proceskostenveroordeling niet binnen 2 dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis aan gedaagden heeft betaald, zij daarover ook de wettelijke rente aan gedaagden verschuldigd is.

Hengelo, 26 april 2000

procureur