

LJN: BP9660, Rechtbank 's-Gravenhage , 249990 / HA ZA 05-2887

Datum uitspraak: 23-03-2011

Datum publicatie: 30-03-2011

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Eerste aanleg - meervoudig

Inhoudsindicatie: schadevergoeding ivm uitgebrande treinstellen. Constructiefout? Geklaagd binnen bekwame tijd? Exoneratiebeding.

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 249990 / HA ZA 05-2887

Vonnis van 23 maart 2011

in de zaak van:

de rechtspersoon naar het recht van de plaats van haar vestiging
THE ISRAEL PHOENIX ASSURANCE COMPANY LTD,
gevestigd te Givatayim (Israël),
eiseres,
procesadvocaat mr. J.P. van Ginkel,
advocaten mr. M. van Tuijl en mr. Ph.A. Mulders,

tegen

de rechtspersonen naar het recht van de plaats van hun vestiging
1.BOMBARDIER TRANSPORTATION UK LTD,
gevestigd te Derby (Verenigd Koninkrijk),
2.BOMBARDIER TRANSPORTATION DENMARK A/S,
voorheen ABB Daimler-Benz Transportation (Denmark) A/S,
3.ABB DAIMLER-BENZ TRANSPORTION (DENMARK) A/S,
4.DAIMLERCHRYSLER RAIL SYSTEMS (DENMARK) A/S,
5.ADTRANZ DENMARK A/S,
alle gevestigd te Randers (Denemarken) en,
6. BOMBARDIER INTERNATIONAL
gevestigd te Montreal (Canada)
7. BOMBARDIER TRANSPORTATION
gevestigd te Saint Brunno (Canada)
gedaagden,
procesadvocaat voor alle gedaagden mr. E. Grabandt,
advocaten voor alle gedaagden mr. G.A.J. Boekraad en mr. M. Schönauf.

Partijen zullen hierna Phoenix en Bombardier c.s. genoemd worden. Gedaagde sub 2 zal waar nodig afzonderlijk worden aangeduid als Bombardier.

1.De procedure**1.1.Het verloop van de procedure blijkt uit:**

- de dagvaarding van 13 april 2005,
- de akte houdende overlegging producties 1 t/m 12 behorende bij dagvaarding,
- de conclusie van antwoord met producties 1 t/m 26,
- de conclusie van repliek met producties 27 t/m 35,
- de incidentele conclusie houdende een vordering tot afgifte van bescheiden ex art. 843a Rv met productie,
- de incidentele conclusie van antwoord in conventie tevens houdende incidentele conclusie van eis in reconventie houdende een vordering tot afgifte van bescheiden ex art. 843a Rv met 2 producties,
- de conclusie van antwoord op de reconventionele conclusie van eis in het incident tot afgifte van bescheiden met productie,

- de pleitnotities van de raadslieden van partijen, overgelegd bij het op 10 april 2008 in het incident gehouden pleidooi met inbegrip van de tijdens dat pleidooi overgelegde brieven van 27 maart 2008 met bijlagen en 9 april 2008 met bijlagen,
- de akte houdende vermindering van eis in het incident in conventie,
- de antwoordakte in het incident in conventie met bijlage,
- het vonnis in het exhibitie-incident van 2 juli 2008,
- de brief van mr. Mulders (Phoenix) d.d. 5 januari 2010 met bijlage,
- de conclusie van dupliek met producties 27 t/m 41,
- de akte uitlating producties aan de zijde van Phoenix,
- de brief van mr. Mulders (Phoenix) d.d. 29 januari 2010 met producties 36 t/m 39,
- de akte uitlating producties tevens akte overlegging van producties 42 t/m 43 aan de zijde van Bombardier c.s.,
- de brief van mr. Mulders (Phoenix) d.d. 2 november 2010 met productie 40,
- de brief van mr. Boekraad (Bombardier c.s.) d.d. 9 november 2010 met producties 44 t/m 47,
- de akte houdende overlegging producties 36 t/m 40, overgelegd bij pleidooi van 2 december 2010,
- de akte uitlating producties en overlegging producties 48 t/m 49, overgelegd bij pleidooi van 2 december 2010,
- de pleitnotities van de raadslieden van partijen, overgelegd bij het op 2 december 2010 gehouden pleidooi.

1.2.Ten slotte is een datum voor vonnis bepaald.

2.De feiten

Het contract

2.1.Op 15 februari 1994 is een overeenkomst gesloten tussen The Ports and Railways Authority, rechtsvoorganger van Israel Railways (hierna: "IR") en ABB Scandia A/S, rechtsvoorganger van Bombardier. Deze overeenkomst had tot strekking de fabricage en levering door Bombardier van zeven IC-3 treinstellen met de nummers 11 tot 17. Het contract werd nader aangeduid als het PRA-II contract (CvA, productie 3). Partijen hadden reeds eerder een overeenkomst gesloten, PRA I, voor 10 treinstellen.

2.2.Art. 23.1 van het PRA-II contract bepaalt over de aansprakelijkheid (risks and liabilities):

The Supplier¹ shall be solely responsible for and agrees to indemnify and hold the PRA harmless from and against all claims, risks and liabilities and every damage or loss to the PRA-II Train Sets and parts, other property (including property of the PRA) or injuries to or death of persons, including employees of PRA and third parties, of whatever kind caused by, arising out of, or incidental to, or connected with the manufacturing, integration, assembly, calibration, tests and Trails of the PRA-II Train Sets until the risk transfer date set out in Sections 16 and 18, that is, until acceptance of the PRA-II Train Sets by the PRA, including court costs and attorney's fees, if any, provided however that the PRA cannot use a Train Set in operation with paying passengers before it is accepted and Attachment "H" signed by the PRA with regard to that Train Set.

2.3.Art. 15 van het PRA-II contract bepaalt de omvang van de door Bombardier verleende garanties na levering van de treinstellen (Warranty Works after Acceptance):

15.1 Warranty

15.1 The Supplier shall provide a warranty at two levels (Train Set Level as provided in section 15.1.1 and System Level as provided in Section 15.1.2). During said warranty, the Supplier is responsible for and shall repair any defects or failures under the conditions and provisions set forth in this Section 15. (...)

15.1.2 System Level Warranty

The Supplier shall provide a System Level Warranty for a period of time called the "System Level Running-In Period". During this System Level Running-in Period, the Supplier is responsible for and shall repair any defects or failures under the conditions and provisions set forth in this Section 15.

The System Level Running-in Period for each System on each Train Set shall be completed when such System has had, during 200,000 km of operation of each Train Set, a "failure rate" which does not exceed two (2) "Major Failures" or five (5) "Minor Failures" as herein defined in Section 15.1.3 and 15.1.4.

Upon the completion of the System Level Running-in Period, the Supplier shall continue the System

Level Warranty Period for an additional period of one year, PROVIDED HOWEVER, that said System Level Warranty Period shall not exceed 36 months from the Date of Acceptance of the Train Set.
(...)

15.3 Wear and Tear

The Supplier shall not be responsible for normal wear and tear or for defects arising from the PRA's improper maintenance (as compared to the Technical Specifications and the Service Manuals). Further the Supplier shall not be responsible for faulty operation of the Train Sets (as compared to the Technical Specifications and Drivers Manuals), or for repairs carried out improperly by the PRA, use of non-genuine spares by the PRA, alterations carried out by the PRA without the Suppliers written consent or materials provided by the PRA (Indusi and Driver's Radio).

2.4. Op 9 mei 1996 hebben de rechtsvoorganger van IR en ABB Daimler-Benz Transportation Denmark A/S, ook wel aangeduid als "Adtranz DK, eveneens rechtsvoorganger van Bombardier, opnieuw een overeenkomst gesloten. Deze overeenkomst zal hierna worden aangeduid als het "gebruikscontract" (CvA, productie 4). Deze overeenkomst had de strekking om twee bij IR in gebruik zijnde treinstellen voor een bepaalde periode aan Bombardier ter beschikking te stellen (de Demonstration Trainsets), terwijl in ruil daarvoor Bombardier op haar beurt twee treinstellen (de Replacement Trainsets) aan IR ter beschikking stelde.

2.5. Art. 12.2 van het gebruikscontract bepaalt over de aansprakelijkheid (risks and liabilities) met betrekking tot de door IR in gebruik te nemen Replacement Trainsets:

The PRA2 shall be solely responsible for and agrees to defend Adtranz DK and to indemnify and hold Adtranz DK harmless from and against all claims, risks and liabilities and every damage or loss to the Replacement Trainsets and parts, other property (including property of Adtranz DK) or injuries to or death of persons, including employees of Adtranz DK and third parties, of whatever kind caused by, arising out of, or incidental to, or connected with the Replacement Trainsets or their use or operation from the time of their delivery to and acceptance by the PRA until their Re-Delivery and Re-Acceptance by Adtranz DK, including court costs, attorney's fees, if any, fines, punitive or exemplary damages PROVIDED that the above obligations of the PRA shall not apply to any manufacturer's liability of Adtranz DK in accordance with the PRA-II contract and/or as set by law. FURTHER PROVIDED that Adtranz DK shall be responsible for warranty works and warranty parts for said Replacement Trainsets as further set out in Section 1512.2.1 (...).

2.6. Met betrekking tot de garantiebepaling wordt in art. 14 verwezen naar het PRA-II contract.

2.7. Vervolgens is tussen dezelfde partijen in aanvulling op het gebruikscontract een Addendum no. 1 afgesloten op 14 maart 1999 (CvA, productie 5). Onder art. 7 van het Addendum is een koopoptie op de Replacement Trainsets opgenomen met de voor onderhavig geschil relevante bepalingen:

7.4 The provisions of this Addendum and PRA-Adtranz contract No. 15/4677/001/93 for the supply of IC-3 PRA-II trainsets Nos. 11-17 ("PRA-II Contract") shall apply to the purchase of the Replacement Trainsets, that is to say, with all necessary changes in detail being made which shall not affect the substance of the said contracts and the subject matter of the Replacement Trainsets, which will be construed as having been duly delivered and accepted.

7.5 The terms of the purchase will be incorporated by mutual consent as Appendix C to this Addendum according to this Article 7 above and will include the payment terms specified below and the following:

7.5.1 The Replacement Trainsets will be purchased "AS IS".

7.5.2 The warranty period for the Replacement Trainsets has expired on December 1st, 1998 and no further warranties shall be applicable except for those stated in the PRA-II Contract after the completion of the warranty period. This means that the Replacement Trainsets shall be handled and follow the rules agreed between the Parties on equal terms as the PRA-II Contract.

2.8. Uit de aanhef, eerste alinea, van het Addendum no. 1 volgt dat met de Replacement Trainsets zijn bedoeld twee treinstellen met de nummers 18 en 19. De beide treinstellen zijn in de loop van het jaar 2000 aan IR verkocht.

De branden en start van het onderzoek

2.9. Op 27 november 2001 is brand uitgebroken in treinstel 18.

2.10. Naar aanleiding van deze brand heeft op verzoek en in aanwezigheid van de heer D. Appelbaum, als Damage Assessor & Adjuster handelend in opdracht van de verzekeraar van IR, Phoenix, de heer G. Vestergaard, toen werkzaam als Repair Manager bij Bombardier, het treinstel geïnspecteerd en een schatting gemaakt van de reparatiekosten aan de vloer van het treinstel. Deze inspectie vond plaats op 29 november 2001.

2.11. Op 12 december 2001 is brand uitgebroken in treinstel 19.

2.12. Naar deze brand is op 13 december 2001 in opdracht van Phoenix een onderzoek gestart door A. Tossman van "Tossman-Shambit Assessors & Surveyors Ltd." Door de brand werd ook het aan treinstel 19 gekoppelde treinstel met nummer 16 beschadigd.

2.13. De ten gevolge van de branden door IR geleden schade is aan haar vergoed door haar verzekeraar Phoenix.

2.14. Bij brief van 26 december 2001 heeft IR naar aanleiding van de brand in treinstel 19 het volgende aan Bombardier bericht (CvA, productie 10):

"We have immediately informed the insurance company, and it has already initiated a detailed investigation of the incident. If required, we would appreciate your cooperation during the investigation. Furthermore, we would like your company to provide us with an independent opinion, which would investigate into and suggest the possible cause of the fire and, if applicable, the implications for IR's existing IC-3 Train Set fleet and on the IC-3 Train Sets to be supplied in the future."

2.15. Op 11 februari 2002 heeft IR Bombardier opdracht gegeven tot het verrichten van reparatiewerkzaamheden aan treinstel 18 voor een bedrag van DKK 804.600,- (CvA, productie 14). Voormeld bedrag is blijkens een factuur van 27 juni 2002 op 20 december 2002 door IR voldaan (CvA, productie 15).

2.16. Op 26 december 2001 rapporteert Tossman aan Phoenix dat voor een onderzoek naar de oorzaak van de brand in treinstel 19 de deskundigen Hainee (kennelijk is bedoeld: Heine) en Aimiram van "A.A. Brit Expert Forensic Fire Investigators" en Slutzky zijn ingeschakeld (CvD, productie 28.6, nr. 3, p. 7). Daarbij vermeldt Tossman dat deze deskundigen ook de brand in treinstel 18 zullen onderzoeken om te zien of er een verband bestaat tussen de beide branden. Op 10 januari 2002 bericht Tossman echter dat voornoemde deskundigen de exacte oorzaak van de brand in treinstel 19 niet hebben kunnen vaststellen (CvD, productie 28.6, nr. 4, p. 7). Heine vermeldt in zijn rapport (CvD, productie 28.3):

"(...) 2.3 At this stage I am of the opinion that the fire was caused by a flammable liquid catching fire, such as diesel fuel, engine oil, hydraulic fluid that had come in contact with intensely hot elements, such as: the turbocharger unit, the exhaust manifold of the engine or even the exhaust pipe (...) 2.4 The possibility exists that the disconnecting of the drive shaft (Kardan) from the gear unit caused the tearing of fuel/oil/hydraulic lines and their spraying on hot objects"

2.17. Op 8 maart 2002 rapporteert Tossman (CvD, productie 28.6: nr. 5, p. 5) dat een andere deskundige, Y. Schoirman (kennelijk is bedoeld: Y. Shoyerman) aangewezen is om de oorzaak vast te stellen en dat onderzocht zal worden of de oorzaak van de brand kan zijn gelegen in het slecht functioneren van de fuel heating systems. In zijn rapport van 16 juni 2002 concludeert Shoyerman (CvD, productie 28.4):

"During a clarification discussion regarding the matter, a suggestion was raised that the fire was caused by fuel (diesel) spattering from the fuel filters, when an aerosol mixture of fuel and air was sprayed onto the engine exhaust manifold. This scenario is reinforced in the book: Kirk's Fire Investigation. On 04.06.02 we revisited the train garage site in order to conduct a diesel/air mixture ignition experiment by spraying the exhaust manifold. Execution of the experiment was impossible, and except for measuring the heat levels on the engine exhaust manifold - which was in operation - the experiment was not executed.

Shoyerman geeft aan dat een dergelijk experiment wegens technische beperkingen niet in Israël kan worden uitgevoerd, maar verwijst naar een tweetal laboratoria in Duitsland. Tossman rapporteert dan ook in zijn rapport van 28 juni 2002 (CvD, productie 28.6: nr. 7, p. 5-6):

"In conclusion to all the above, we can state that despite the intensive efforts of Mr. Appelbaum and Eng. Shoirmann, no conclusive findings could be reached (...)."

2.18. Een interne commissie van IR rapporteert op 23 juli 2002 (CvD, productie 28.1, p. 7) dat zij gelet op de nog lopende onderzoeken geen conclusies kunnen trekken over de oorzaak van de brand, maar dat één van de leden van de commissie zijn veronderstellingen in een appendix heeft bijgevoegd. Dit lid, Y. Shonmi, verklaart vervolgens:

Members of the Committee listened to testimony that many cases arrive at the Diesel-Work-Shop for Self Propelled Cars in which there are fuel tanks with holes. I feel that while traveling, the self-propelled railway passenger car struck a sharp object in the bottom of the fuel tank. Alternatively, the fuel pipe or filter cracked or burst. As a result, diesel fuel began to spill out of the tank. The spraying of fuel on the ground between the two rails for a distance of about two kilometers and signs of pools of diesel fuel on the cement ties and the asphalt of the crossing no. 62.402 show that the spray of diesel fuel was very strong (...). I think that the spraying of the diesel fuel (which was created from the leaking of the fuel and the turbulence of the air) in the direction of the manifold or some other heat source in which the temperature was in the area of 250° C - 300° C brought about the ignition of the fumes from the warm diesel fuel (...).

De aansprakelijkstelling

2.19. Bij brief van 20 april 2003 heeft de advocaat van Phoenix Bombardier c.s. aansprakelijk gesteld voor de schade aan de treinstellen nr. 19 en nr. 16 (Akte bij dagvaarding, productie 7).

Vervolg van het onderzoek

2.20. Op 27 juni 2003 heeft Appelbaum over treinstel 18 gerapporteerd aan zijn opdrachtgever Phoenix (Akte bij dagvaarding, productie 4). In dit rapport vermeldt hij dat de conclusies van drie door hem betrokken deskundigen not conclusive (p. 4) zijn. In de samenvatting van het rapport staat voorts:

During our investigation, we consulted with the manufacturer, who provided us with information about similar incidents. This information led us to conclude that the cause of the fire damage was in the fuel filter, which is installed on the lateral beam that supports the coach engine."

2.21. Op 28 december 2004 heeft Peter Klaput, senior transport vehicle consultant bij Lee Cole & Associates een rapport uitgebracht naar aanleiding van het door hem in opdracht van Phoenix gedane onderzoek naar de oorzaak van de brand in treinstel 19 (Akte bij dagvaarding, productie 9). In zijn onderzoek heeft hij mede betrokken het brandincident in treinstel 18. In zijn rapport vermeldt hij onder meer (p. 16-17):

"In my opinion, the filters, heater and line connections should not have been mounted in such close proximity to the exhaust system. It is clear the manufacturer may have realized this later as an aluminum plate was mounted in front of the filter assembly in an attempt to shield it from radiant heat and prevent fuel from contacting the hot exhaust. Unfortunately this aluminum plate is ineffectual for this precaution (...).

The fire began by one or more failures in the fuel heater/filter assembly causing the fuel to leak under pressure. The fuel vapor/spray cloud came into contact with the exhaust manifold and was ignited (...). Other potential fire causes originating in the engine compartment were assessed by me and were eliminated as not as logical as the leaking fuel at the filter assembly. Electrical arcing or overheating would have alerted the passengers or the driver to the specific circuit failure just prior to the fire. The leaking tank scenario would need a hole in the tank at just the right location with a proper air current to bring the fuel up to the exhaust manifold to ignite it. Even a large hole made in the tank by the drive line did not allow the fuel to ignite (...)."

2.22. Op 22 december 2005 heeft D. Tooley, Fire Safety Manager in dienst van Bombardier, een commentaar uitgebracht op het rapport van Klaput (CvA, productie 19). Tooley concludeert dat Klaput onvoldoende bewijs aandraagt voor zijn conclusies. Daarnaast vermeldt hij in zijn rapport onder meer (p. 8 e.v.):

"5.1.3 Photo 2 shows the filter assembly with shield in place. Photo 3 shows the filter assembly after removal of the shield. The major function of the shield is to provide a physical barrier between the filters (a source of fuel either as leaks or more likely as vapour) and the exhaust manifold (a source of heat, which would ignite the fuel). A simple 1D analysis carried out by Bombardier Computational Fluid Dynamics analysts indicates that the shield does actually reduce the temperatures which may be expected at the filter, by between 40 deg C, and 60 deg C, dependent on airflow rates. This drop would reduce the temperature at the filter to below 200 deg C, which is critically below the auto ignition temperature for diesel fuel. Work is ongoing to determine actual 'in service' temperatures.

(...)

5.1.10 In summary, the design of the IC3 particularly with regard to conformance of the engine and ancillaries with regard to fire safety:

5.1.10.1 The design is proven over many vehicle years in service (The oldest IC3 vehicle will soon have been in service for 4.5 million km, with this particular engine design). Design features were consistent with vehicle design status at the time of the design

5.1.10.2 The design took account of the need to keep separate the fuel path from sources of potential ignition such as the exhaust manifold, and the starter motor electrical wiring(...).

5.3.5 (...) The fuel cut off valve is first of all introduced on PRA II to make it possible to stop an over-speeding engine within reasonable time. A normal stop of an engine is executed by the engine regulator which is a mechanical device build into the engine governed by the overall train computer system. This was a result of operational experience at DSB, where a broken regulator caused an over-speed situation and consequently an engine fire because the driver were not able to stop the engine in due time."

2.23. Op 23 december 2005 heeft de heer M.P. Shipp (hierna: "Shipp"), Associate Director in BRE Fire and Security, in opdracht van Bombardier een commentaar geschreven op het rapport van Klaput en Appelbaum dat er in hoofdlijnen op neerkomt dat beide deskundigen onvoldoende concreet hebben gemaakt, waarop zij hun bevindingen baseren. Daarnaast heeft Shipp in overleg met Tooley een lijst opgesteld met mogelijke brandoorzaken en gesteld dat meer informatie nodig is om bepaalde brandoorzaken te kunnen uitsluiten (CvA, productie 17).

2.24. Naar aanleiding van het commentaar van Shipp en Tooley heeft zowel Appelbaum als Klaput een reactie opgesteld, gedateerd 8 mei 2006 (CvR, productie 28 en 29).

2.25. Op 29 januari 2010 brengt de heer A.J. Bolhuis, deskundige A brandonderzoeken, onderzoeker en directeur van het Brand Technisch Bureau Nederland B.V., in opdracht van Phoenix een rapport uit naar aanleiding van de twee branden in de treinstellen 18 en 19 (Akte bij pleidooi, productie 36). Zijn bevindingen zijn ondermeer:

" (...) Het brandbeeld dat in de IC3 treinstellen 7018 en 7219 is ontstaan, wijst naar mijn mening ontegenzeggelijk op een brand in het brandstofsysteem/filtercompartiment. In het motorcompartiment van treinstel 19 heeft een zeer omvangrijke brand gewoed waardoor het brandbeeld nog slechts ruimte laat om de brandhaard in of in de directe omgeving van het filtercompartiment te situeren. De minder omvangrijke brandschade in het motorcompartiment van treinstel 18 laat toe de primaire brandhaard exacter te lokaliseren: de hitte-inwerking laag op het motorframe wijst naar mijn oordeel op een primaire brandhaard die was gesitueerd aan de onderzijde van het brandstofsysteem (foto 8). (...) Bombardier, gesteund door de onderzoeksresultaten van Tooley, Shipp én Klaput, stelt dat buiten de zeer brandbare diesel, in het motorcompartiment van de IC3 treinstellen geen andere brandbare (vloeistof)stoffen aanwezig waren. Derhalve moet de brand in de IC3 treinstellen 7018 en 7219 zijn ontstaan als gevolg van een substantiële diesellekkage, zeer waarschijnlijk daar waar een deel van het filtercompartiment niet werd beschermd door het aluminium schild. Als gevolg hiervan werd een deel van het brandstofsysteem continue blootgesteld aan sterk wisselende en zeer hoge temperaturen, waardoor het niet kan worden uitgesloten dat brandstofslangen versneld zijn verouderd en/of in koppelingen lekkage is ontstaan. Bombardier geeft toe dat diesellekkage acuut zal leiden tot een (zeer) brandgevaarlijke situatie zeker met potentiële ontstekingsbronnen in casu de motoruitlaat, op slechts 20 tot 30 cm van het brandstofsysteem. Gezien het bovenvermelde, is het zeer waarschijnlijk dat de branden in de IC3 treinstellen 7019 en 7219 zijn ontstaan als gevolg van een substantiële diesellekkage in het brandstofsysteem waarbij het waarschijnlijk is dat deze lekkage kon ontstaan in het gedeelte van het filtercompartiment dat per definitie door het aluminium schild niet werd afgeschermd (...)"

2.26. Naar aanleiding van het rapport van Bolhuis hebben Tooley (akte 28 april 2010, productie 42) en Shipp (akte 28 april 2010, productie 43) in een aanvullend rapport de bevindingen van Bolhuis becommentarieerd.

2.27. Bolhuis heeft vervolgens samen met Ir. T. Hagens, zelfstandig adviseur chemie en technologie, een aanvullend rapport geschreven (akte bij pleidooi, productie 40), waarin hij als belangrijkste bevindingen uiteenzet dat uit de meeste onderzoeken blijkt dat de brand is ontstaan in (de omgeving van) het filtercompartiment. Naar aanleiding van het laatste rapport van Tooley wijst Bolhuis als belangrijkste oorzaak van de brand de "Fuel Cut Off Valve Assembly" aan, omdat dit onderdeel deels buiten de bescherming van het aluminium schild valt en daarmee wordt blootgesteld aan de hoge temperaturen die heersen in het motorcompartiment wanneer de motor in vol bedrijf is.

3. Het geschil

3.1. De rechtbank handhaaft hetgeen zij met betrekking tot de hoofdzaak heeft overwogen en beslist in haar incidentele vonnis van 2 juli 2008. Naast de omschrijving van de vordering van Phoenix en de gronden waarop deze berust heeft de rechtbank zich in dat vonnis bevoegd verklaard om van de vordering jegens gedaagden kennis te nemen en Nederlands recht van toepassing geacht met uitsluiting van het Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken (1980) en het Verdrag van 's-Gravenhage houdende eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (1964).

3.2. In aanvulling op het incidentele vonnis moet worden vermeld dat Bombardier c.s. haar conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring van Phoenix dan wel afwijzing van haar vordering bij conclusie van dupliek heeft uitgebreid met een vordering tot veroordeling van Phoenix bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, tot betaling van 50% van de advocatenkosten, de griffiekosten en deurwaarderskosten die Bombardier in het kader van dit geding heeft gemaakt, begroot op € 378.199,81 per februari 2009, bij pleidooi bijgesteld naar € 319.682,91 (50% van € 639.365,81).

4. De beoordeling

4.1. Kern van onderhavig geschil is de vraag of de brand in de treinstellen 18 en 19 het gevolg is van een fout in het ontwerp van fabrikant Bombardier. Phoenix betoogt - kort gezegd - met een beroep op de deskundigen Klaput en Bolhuis dat de brand is veroorzaakt doordat het brandstoffiltersysteem te dicht is geplaatst bij het uitlaatspruitstuk, waardoor de kans op diesellekkage en in het verlengde daarvan de kans op brand bij het filtersysteem op onaanvaardbare wijze is vergroot. Bombardier heeft dit betoog betwist en daartoe in de kern betoogd dat niet is komen vast te staan dat de brand is veroorzaakt door diesellekkage in de omgeving van het filtersysteem en voorts dat voor zover dit wel vast zou komen te staan, de diesellekkage eerder het gevolg lijkt te zijn van een onderhoudsfout (niet vervangen verouderde onderdelen of het niet of verkeerd monteren van onderdelen) dan van een ontwerpfout. Naast deze inhoudelijk betwisting heeft Bombardier ook een aantal formele weren opgeworpen tegen de vordering van Phoenix die, wanneer zij slagen, verstrekkende gevolgen voor de vordering hebben en om die reden eerst zullen worden behandeld.

Procespartijen

a) subrogatie

4.2. Phoenix heeft betoogd te handelen als gesubrogeerd verzekeraar van IR. Bombardier heeft, na een nader onderbouwd beroep door Phoenix op art. 26 van de Israeli Insurance Contract Law 1981 (zie prod. 6 bij CvE en prod. 35 bij CvR), haar aanvankelijke - impliciete - betwisting niet herhaald, zodat ten deze vaststaat dat Phoenix is gesubrogeerd in de rechten van haar verzekeringnemer IR.

b) positie gedaagden sub 1 en sub 3 t/m 7

4.3. Bombardier c.s. heeft de stelling van Phoenix dat gedaagden sub 1, 6 en 7 betrokken zijn geweest bij het productie- en distributieproces van de treinstellen betwist. Bombardier c.s. heeft aangevoerd dat de betrokkenheid van gedaagde sub 1 niet verder reikt dan dat een juridisch adviseur, in dienst van gedaagde sub 1, door gedaagde sub 2 is gevraagd haar te vertegenwoordigen in de gesprekken met Phoenix naar aanleiding van haar aansprakelijkstelling. Ten aanzien van gedaagden sub 6 en 7 heeft Bombardier c.s. gesteld dat zij geen bestaande entiteiten zijn. Aangezien Phoenix tegenover deze betwisting onvoldoende concrete feiten heeft gesteld waaruit volgt dat deze gedaagden wel (bestaan en) betrokken waren bij het productie- en distributieproces, ligt de vordering van Phoenix jegens voormelde gedaagden voor afwijzing gereed. De rechtbank zal op grond van vorenstaande Phoenix in haar vordering jegens gedaagde sub 6 en 7 niet-ontvankelijk verklaren en de vordering jegens gedaagde sub 1 afwijzen.

4.4. Met betrekking tot gedaagden sub 3 t/m 5 overweegt de rechtbank het volgende. Uit een door Bombardier c.s. overgelegd uittreksel van de Deense Kamer van Koophandel "Erhvervs- og Selskabsstyrelsen" van 22 december 2005 blijkt dat Bombardier Transportation Denmark A/S in het verleden ook onder de statutaire naam ABB Daimler-Benz Transportation A/S en Daimler Chrysler Rail Systems A/S heeft gefunctioneerd, alsmede onder de handelsnaam Adtranz Denmark A/S. Aangezien de rechtspersoon vanaf de oprichting één en dezelfde is gebleven, ziet de rechtbank geen aanleiding om Phoenix in haar vordering jegens gedaagden sub 3 t/m 5 niet-ontvankelijk te verklaren. Evenwel heeft Phoenix door de rechtspersoon onder haar huidige statutaire benaming te dagvaarden (gedaagde sub 2) naar het oordeel van de rechtbank geen belang meer bij toewijzing van haar vordering jegens gedaagden sub 3 t/m 5, zodat de rechtbank de vordering van Phoenix jegens gedaagden sub 3 t/m 5 om die reden zal afwijzen.

4.5. Op grond van het voorgaande zal de rechtbank hierna uitsluitend de vordering jegens gedaagde sub 2 (hierna aangeduid als: Bombardier) bespreken.

Vervaltermijn

4.6. Bombardier heeft betoogd dat Phoenix geen beroep op non-conformiteit meer toekomt, omdat zij niet heeft voldaan aan de in art. 7:23 lid 1 BW opgenomen klachtplicht. Volgens Bombardier heeft Phoenix haar niet binnen bekwame tijd in kennis gesteld van haar klacht dat de treinstellen niet aan de overeenkomst beantwoordden en zijn daardoor op grond van genoemd wetsartikel alle eventuele rechten die Phoenix had kunnen ontlenen aan de non-conformiteit vervallen.

4.7. Bij de beoordeling van de vraag of Phoenix haar klachtplicht al dan niet heeft geschonden, moet naar het oordeel van de rechtbank onderscheid worden gemaakt tussen de mededelingen van Phoenix aan Bombardier naar aanleiding van de brand in treinstel 18 en die naar aanleiding van de brand in treinstel 19.

4.8. Ter zake van de brand in treinstel 18 acht de rechtbank het van belang dat twee dagen na de brand op 27 november 2001, derhalve op 29 november 2001, een inspectie heeft plaatsgevonden door Appelbaum in aanwezigheid van Vestergaard. Uit de functie van Vestergaard (Repair Manager) en de door Bombardier overgelegde stukken: de IC Train Repair Framework Agreement no. 6742, de op 25 januari 2002 door Vestergaard uitgebrachte offerte, de Repair Works Order no. 2 en de zonder voorbehoud op 20 december 2002 door IR voldane factuur van 27 juni 2002, blijkt niet dat met Bombardier is gesproken over de oorzaak van de brand dan wel de vraag of de brand door een ontwerpfout van Bombardier zou kunnen zijn ontstaan, doch uitsluitend dat met Bombardier gesproken is over de kosten van reparatie van de door brand aan treinstel 18 veroorzaakte schade. Noch uit de brief waarin Bombardier aansprakelijk is gesteld voor de schade aan treinstel 19, noch uit de correspondentie die daarop volgde, blijkt dat Phoenix enige klacht in de zin van art. 7:23 lid 1 BW heeft geuit met betrekking tot treinstel 18. Alleen in de brief van 25 december 2003 (CvA, productie 16g) wordt treinstel 18 door Phoenix genoemd, doch slechts als incident, ter ondersteuning van de claim met betrekking tot treinstel 19. Pas bij dagvaarding is Bombardier door Phoenix onomwonden aansprakelijk gesteld voor de schade aan treinstel 18. De stelling van Phoenix dat Bombardier reeds vanaf de brand, althans vanaf het moment van de aansprakelijkstelling in 2003 moet hebben geweten dat aansprakelijkstelling ter zake van treinstel 18 zou volgen, is derhalve naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende onderbouwd. Voor een bewijsopdracht is dan geen plaats. Voor zover het betoog van Phoenix ertoe strekt dat zij eerst vanaf het moment dat het rapport van Klaput uitkwam, bekend raakte met het gebrek aan treinstel 18 en vanaf dat moment tijdig heeft geklaagd of althans het onderzoek van Klaput heeft mogen afwachten voordat zij tot aansprakelijkstelling zou overgaan, faalt dat betoog om de reden dat uit rapportage van Tossman aan Phoenix blijkt (zie rov. 2.16) dat reeds na de brand in treinstel 19 in het kader van het onderzoek naar de oorzaak van de brand in treinstel 19 een vergelijkend onderzoek is gedaan naar de oorzaak van de brand in treinstel 18, maar in tegenstelling tot treinstel 19 is Bombardier hiervan niet in kennis gesteld.

4.9. Ter zake van treinstel 19 geldt dat reeds op 26 december 2001 een brief is verzonden door IR aan Bombardier waarin zij vermeldt onderzoek te doen naar de oorzaak van de brand. De brief maakt duidelijk dat ook onderzocht zal worden of de brand kan zijn veroorzaakt door een fout in het ontwerp van de IC3 treinstellen en Bombardier wordt uitdrukkelijk uitgenodigd om ook zelf onderzoek te doen naar de brand. Hierdoor moet het voor Bombardier kenbaar zijn geweest dat een aansprakelijkstelling door Phoenix in het verschiet lag. Dat Phoenix vervolgens heeft gewacht met het uitbrengen van de brief tot aansprakelijkstelling tot het moment dat uit het onderzoek meer concrete informatie was verkregen omtrent een mogelijke ontwerpfout, lag voor de hand en behoorde Bombardier redelijkerwijs te begrijpen. Uiteindelijk is de aansprakelijkstelling uitgegaan op 20 april 2003, derhalve 16 maanden na verzending van de brief van 26 december 2001. In het licht van deze brief kan Bombardier er ook geen beroep op doen dat zij door het lange tijdsverloop tussen het brandincident en de aansprakelijkstelling in haar bewijsmogelijkheden is benadeeld. De keuze van Bombardier om - zoals zij ter comparitie nader heeft verklaard - na daartoe te zijn uitgenodigd niet een zelfstandig onderzoek naar de brand te verrichten, maar de uitkomst van het door de Israëlische autoriteiten ingestelde onderzoek af te wachten, is een keuze die voor haar rekening en risico komt.

4.10. Alles overziende is de rechtbank van oordeel dat de klachttermijn als bedoeld in art. 7:23 lid 1 BW wel is overschreden ten aanzien treinstel 18, maar niet ten aanzien van treinstel 19. Dat betekent dat het beroep op non-conformiteit ter zake van treinstel 18 is vervallen en hierna dus uitsluitend de vordering ter zake van treinstel 19 zal worden beoordeeld.

Aansprakelijkheid contractueel uitgesloten

4.11. Bombardier heeft voorts betoogd dat de vordering van Phoenix afstuit op de omstandigheid dat volgens het tussen haar en IR bestaande contractuele regime iedere aansprakelijkheid voor schade

veroorzaakt door de treinstellen is uitgesloten. Art. 7.5.1 van het Addendum no. 1 (zie rov.2.7) bepaalt immers dat de treinstellen 18 en 19 will be purchased "AS IS". Volgens Bombardier moet hieraan de uitleg worden gegeven dat de koper het gekochte aanvaard met alle bekende en onbekende gebreken en volgt derhalve uit dat artikel dat elke aansprakelijkheid is uitgesloten. Phoenix heeft deze uitleg betwist. Volgens haar is met deze bepaling niet een algehele uitsluiting van de aansprakelijkheid bedoeld, maar alleen dat gebruiksslijtage voor rekening van IR zou blijven. Het ging volgens Phoenix immers om de koop van gebruikte treinstellen, zodat het voor de hand lag om een regel op te stellen dat onvolkomenheden, behorend bij de ouderdom, geen afbreuk zouden doen aan de conformiteit. Daarmee werd echter niet een volledige exoneration beoogd, zoals voor ontwerpfouten. Phoenix heeft voorts betoogd dat voor zover de "AS IS"-bepaling wel een volledige exoneration zou impliceren, deze bepaling in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

4.12. Tussen partijen is niet in geschil dat het contractuele regime met betrekking tot de treinstellen 18 en 19 wordt beheerst door het Addendum en (via art. 7.4 Addendum) het PRA-II contract. Weliswaar bevat art. 7 Addendum slechts een opsomming van de voorwaarden waaronder de koop van deze treinstellen zal plaatsvinden en bevindt zich in het procesdossier niet de in het Addendum vermelde Appendix C, waaruit de wederzijdse instemming van partijen met deze voorwaarden zou moeten volgen, maar Phoenix heeft de toepasselijkheid van deze voorwaarden als gevolg van de later totstandgekomen koop niet betwist. Voor de uitleg van de "AS IS"-bepaling vormen het Addendum en het PRA-II contract derhalve het uitgangspunt. Daarnaast hecht de rechtbank betekenis aan het tussen partijen gesloten gebruikscontract, waarvan het Addendum een onderdeel is.

4.13. Uit art. 23.1 van het PRA-II contract volgt dat Bombardier een ruime aansprakelijkheid aanvaardt tot aan de risk transfer date, dat wil zeggen het moment waarop de treinen door Bombardier in Israël zijn afgeleverd, daar zijn getest en vervolgens door IR zijn geaccepteerd. Volgens art. 18 juncto 16 van het PRA-II contract draagt IR het risico voor de treinstellen vanaf het moment van acceptatie. Bombardier biedt blijkens de warranty-bepaling van art. 15 van het PRA-II contract vanaf dat moment nog wel een garantie van maximaal 36 maanden op herstel en vervanging van onderdelen. Onder de garantie vallen echter geen gebreken die het gevolg zijn van normale slijtage, onjuist onderhoud door IR, gebruik van niet-originele onderdelen of het aanbrengen van ongeautoriseerde wijzigingen (zie art. 15.3, de zogenaamde "wear-and-tear" bepaling).

4.14. In het gebruikscontract is de verdeling van de risks and liabilities als volgt geregeld. Volgens art. 3.2 worden de treinstellen 18 en 19 geleverd onder dezelfde garanties en met dezelfde verplichting tot herstel als die van het PRA-II contract. Art. 9.3 bepaalt vervolgens dat het risico ten aanzien van de treinstellen op IR overgaat vanaf de acceptatie door IR. In art. 12 neemt IR tot het moment van teruglevering de aansprakelijkheid op zich van de de treinstellen 18 en 19 met dien verstande dat zij geen aansprakelijkheid aanvaard voor manufacturer's liability van Bombardier in accordance with the PRA-II contract and/or as set by law. Daarnaast wordt bepaald dat Bombardier ter zake van de treinstellen 18 en 19 haar garantieverplichtingen zal nakomen. Art. 14 bepaalt nogmaals dat de bepalingen in het PRA-II contract met betrekking tot de garanties van overeenkomstige toepassing zijn.

4.15. In het Addendum worden vervolgens de treinstellen 18 en 19 gekocht "AS IS" (art. 7.5.1). Vervolgens wordt vastgesteld dat de garantieperiode voor de treinstellen is geëindigd, dat er verder geen garanties zijn, behalve voor zover PRA-II contract die toekent na de garantieperiode en dat de treinstellen vanaf de koop zullen vallen onder het regime van het PRA-II contract (art. 7.5.2).

4.16. Op grond van de hiervoor genoemde bepalingen concludeert de rechtbank dat partijen hebben beoogd om het regime van het PRA-II contract van toepassing te laten zijn op de koop van de treinstellen 18 en 19. Naar het oordeel van de rechtbank moet de "AS IS" bepaling van art. 7.5.1 van het Addendum, dan ook worden uitgelegd in overeenstemming met de in het PRA-II contract gekozen systematiek dat Bombardier het risico draagt voor de treinstellen tot aan het moment van acceptatie door IR en dat zij vanaf dat moment uitsluitend nog verantwoordelijk is voor herstel en vervanging van onderdelen met inachtneming van de "wear-and-tear" bepaling. Daarmee strookt ook dat partijen in aanvulling op en tevens in afwijking van het PRA-II regime in art. 7.5.2 van het Addendum hebben bepaald dat de garantieperiode ten aanzien van de treinstellen 18 en 19 verstreken is. De beide treinstellen waren immers reeds enige jaren geleden door IR geaccepteerd en werden sindsdien door IR gebruikt (en onderhouden). De door de rechtbank voorgestane uitleg brengt met zich dat de "AS IS" bepaling strekt tot een algehele uitsluiting van de aansprakelijkheid van Bombardier. De door Phoenix voorgestane uitleg van de "AS IS" bepaling dat werd beoogd onvolkomenheden in te sluiten bij de conformiteit zou daarentegen een afwijking inhouden van het regime van het PRA-II en bovendien in strijd zijn met de tekst van art. 7.5.2 van het Addendum.

4.17. Het door Phoenix opgeworpen beroep op art. 6:248 lid 2 wordt door de rechtbank verworpen. Gegeven de omstandigheid dat de exonatie is afgesproken tussen twee grote deskundige partijen en de verdeling van aansprakelijkheid getuigt van evenwicht tussen deze twee partijen, is de getroffen regeling niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten. Dat geldt temeer nu de treinen reeds langere tijd bij IR in gebruik waren en door haar werden onderhouden. IR is bovendien verzekerd voor de eventuele schade. De omstandigheid dat het contract eenzijdig door Bombardier is geconcipieerd, doet daar niet aan af, temeer nu niet is gesteld, noch gebleken dat IR zich bij de aankoop niet van juridische bijstand heeft verzekerd of daar de mogelijkheid niet toe zou hebben gehad.

4.18. Dit alles overziende is de rechtbank van oordeel dat de aansprakelijkheid van Bombardier voor de schade zoals gevorderd door Phoenix contractueel is uitgesloten.

Conformiteit

4.19. Uit het voorgaande volgt dat de vordering van Phoenix moet worden afgewezen. Daarmee komt de rechtbank niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van de vraag of er sprake is van een ontwerpfout in de treinstellen 18 en 19. Aangezien partijen zich juist hierover uitgebreid hebben uitgelaten, overweegt de rechtbank ten aanzien van de vraag naar de conformiteit ten overvloede het volgende.

4.20. De rechtbank is van oordeel dat voorsnog niet is komen vast te staan wat de oorzaak van de branden is geweest en derhalve evenmin dat er sprake is van een ontwerpfout. De door Phoenix in het geding gebrachte rapporten zijn alle door Bombardier gemotiveerd weersproken. Aangenomen dat de brand is veroorzaakt door diesellekkage, is niet vast komen te staan waar de lekkage is opgetreden. Door Bombardier is gesteld dat de diesellekkage in (de omgeving van) het filtersysteem kan hebben plaatsgevonden, maar bijvoorbeeld ook kan zijn ontstaan door een gat in de brandstoftank. De verklaring van Bolhuis ter zitting dat de Israëlische onderzoekers geen melding hebben gemaakt van een gat in de tank, is naar het oordeel van de rechtbank niet voldoende om aan te nemen dat deze alternatieve oorzaak door hen is onderzocht. Klaput sluit in zijn rapport dit scenario expliciet uit, maar ook hij maakt niet duidelijk of dit op fysiek onderzoek berust, dan wel op een aanname. Zelfs als de rechtbank zou aannemen dat de lekkage is opgetreden in het filtersysteem, dan nog blijft onduidelijk wat de oorzaak van een dergelijke lekkage is geweest. Bombardier wijst in dit verband terecht op het ontbreken van een voldoende onderzoek naar alternatieve oorzaken, zoals fouten van personeel of gebrekkig onderhoud. Overigens vindt de rechtbank het opmerkelijk dat Bombardier, met het oog op de veiligheid die van haar producten mag worden verwacht en het gevaar voor personen en goederen dat zich met name in treinstel 19 door de brand had gemanifesteerd, geen eigen onderzoek heeft ingesteld naar de oorzaak van de branden in de door haar vervaardigde treinstellen.

4.21. Uit het voorgaande volgt dat in geval de rechtbank aan beoordeling van het non-conformiteitsvraagstuk was toegekomen, dit evenmin zou hebben geleid tot toewijzing van de vordering.

Subsidiaire grondslag

4.22. Gelet op de vaststelling in r.o. 4.18 dat de aansprakelijkheid van Bombardier contractueel is uitgesloten, kan de vordering ook niet op de subsidiaire grondslag (onrechtmatige daad) worden toegewezen, nu deze vordering is gegrond op hetzelfde feitencomplex als de vordering wegens wanprestatie en de gestelde onrechtmatige gedragingen om die reden worden beheerst door de contractuele verhouding tussen partijen, waarbij de beperking in contractuele aansprakelijkheid doorwerkt in de vordering wegens onrechtmatige daad.

Proceskosten

4.23. Het bovenstaande brengt mee dat de vorderingen van Phoenix jegens Bombardier zullen worden afgewezen. Phoenix zal op de gebruikelijke wijze worden veroordeeld in de kosten van dit geding en niet, zoals door Bombardier verzocht, tot veroordeling in de helft van de werkelijk door Bombardier gemaakte proceskosten. De rechtbank ziet in het betoog van Bombardier onvoldoende aanleiding om te oordelen dat sprake is van misbruik van procesrecht.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1.verklaart Phoenix niet-ontvankelijk jegens gedaagden sub 6 en 7,

5.2.wijst de vorderingen ten aanzien van de overige gedaagden af,

5.3.veroordeelt Phoenix in de proceskosten aan de zijde van Bombardier c.s. tot op heden begroot op € 4.655,93 aan verschotten en € 16.055,- aan salaris advocaat.

5.4.verklaart dit vonnis voor wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. I.F. Dam, mr. B. Pries en mr. I. Brand en in het openbaar uitgesproken op 23 maart 2011.
