



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Timeshare, niet goed geen geld terug?

Janssen, J.F.M.

Citation

Janssen, J. F. M. (2007). Timeshare, niet goed geen geld terug? *Bw-Krant Jaarboek*, 22, 41-68. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36955>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36955>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3 Timeshare, niet goed geen geld terug?

J.F.M. Janssen[■]

1 INLEIDING

Wie de royaler dan het onze met zon bedeelde gebieden van de aarde frequenteert, kent het verschijnsel van op straat of strand te worden aangesproken door een wildvreemde, die, gebruik makend van de vakantiestemming waarin de aangesprokene doorgaans verkeert, probeert deze een accommodatie in timeshare aan te smeren. De misstanden¹ die hierbij in Europa optraden met name de agressieve verkooptechnieken noopten het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie tot het uitvaardigen van richtlijn 94/47/EG.² Deze richtlijn heeft bij ons vertaling gevonden in de artikelen 7:48a-48g BW. Van de beoogde verhoogde bescherming van de consument is naar mijn mening bitter weinig terechtgekomen. In deze bijdrage wordt geanalyseerd waardoor dit doel niet is bereikt.

Dat dit doel niet is bereikt, is kennelijk ook de mening van de Europese Commissie blijkens het verslag van de toepassing van deze richtlijn.³ Deze mislukking is mijns inziens voor een deel terug te voeren op de uitgangspunten van de richtlijn zelf, die slechts bescherming biedt op een zeer beperkt aantal, duidelijk omschreven gebieden, met name: de verplichting van de vervreemder om vóór het afsluiten van de overeenkomst een bepaald aantal exacte gegevens te verstrekken, de toekenning aan de verkrijger van een terugtrekings- en verbrekingsrecht en het verbod dat de vervreemder is opgelegd om vóór de

■ J.F.M. Janssen is universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

- 1 Soms voelden mensen zich zo gestalkt en onder druk gezet, dat ze besloten voortijdig een einde te maken aan hun vakantie; zie <<http://www.el-mundo.es/sudiner0/99/SD169/SD169-08.html>> ('No son pocos los casos de quienes decidieron volver antes de su viaje gratis porque no soportaron la presión y el acoso'). Zie voor een opsomming van andere uitwassen: A.A. van Velten, 'Verkoop van periode-eigendom (time-sharing van onroerend goed) en consumentenbescherming: een vrijwel onontgonnen gebied', *TvC* 1991/5, p. 343.
- 2 Richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, *PbEG* L 280. Hiernaar wordt met zoveel woorden verwezen in art. 7:48a, sub d BW. Dit is gebeurd met het oog op art. 7:48g lid 2 BW (richtlijnbescherming).
- 3 Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994, SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk III, p. 26, ook te vinden op: <http://ec.europa.eu/comm/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/time02_nl.pdf>.

omkomst van de terugtrekkingstermijn voorschotten te vragen. Hieraan moet evenwel onmiddellijk worden toegevoegd dat het beperkte uitgangspunt van de richtlijn geen beletsel vormt voor de nationale wetgever voor een bredere aanpak. De hierna in de beschouwingen te betrekken Spaanse wetgeving vormt hiervan het bewijs.

Een tweede oorzaak van de mislukking is de ongelukkige typering (hierna nrs. 2 en 3) en afgrenzing (hierna nr. 4) van de timeshare-overeenkomst.

Voorts moet worden genoemd het ontbreken van *effectieve* sancties op overtreding van wettelijke voorschriften, hoewel de richtlijn aan het opleggen van effectievere dan de algemeen vermogensrechtelijke sancties niet in de weg stond en wetgevers van andere lidstaten van de Europese Unie in dit opzicht hun taak beter hebben verstaan. In dit verband is vooral een vergelijking met het Spaanse recht⁴ instructief. Ten eerste omdat Spanje al veel langer met het bijltje van timeshare⁵ hakt en mede op basis van de richtlijn een zeer gedetailleerde en alomvattende wettelijke regeling heeft getroffen. Ten tweede omdat de Spaanse wetgever in ieder geval heeft begrepen, dat zonder het treffen van *effectieve(re)* sancties het doel van consumentenbescherming niet goed wordt bereikt, hierbij gebruik makend van de in art. 11 richtlijn geboden ruimte tot het vaststellen van voorschriften die de koper verdergaand beschermen dan krachtens de richtlijn het geval zou zijn geweest. De Nederlandse wetgever daarentegen was, helaas, van mening dat op een paar onbeduidende uitzonderingen na, waarin de geboden bescherming verder reikt dan die van de richtlijn,⁶ in beginsel de algemene regels van het vermogensrecht, meer in het bijzonder art. 6:74 BW, volstaan voor de bepaling van de gevolgen van de niet-

4 De Europese richtlijn is uitgewerkt in Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, *BOE* núm. 300, de 16 de diciembre de 1998, hierna aangeduid als Ley 42/1998. De tekst van de wet is ook te vinden op: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/reals/L42-98.html>>. *BOE* is de afkorting voor Boletín Oficial del Estado (Staatsblad).

5 In de toelichting op de omzettingwet geeft de Spaanse wetgever aan de aanduiding ‘tiempo compartido’ (letterlijke vertaling in het Spaans van ‘timeshare’) onjuist te vinden onder andere omdat de tijd *niet* wordt gedeeld. Gedurende een bepaalde tijd heeft de gebruiker immers een alleenrecht. Daarom wordt het verschijnsel aangeduid met ‘derecho de aprovechamiento por turno’ (genotsrecht bij toerbeurt). Wordt gekozen voor timeshare in de vorm van een zakelijk recht, dan verbiedt art. 1 lid 4 Ley 42/1998 het gebruik van de begrippen: eigendom, mede-eigendom en onverdeeld aandeel in de eigendom, zelfs in reclamemateriaal.

6 Zo wordt in art. 7:48c BW bepaald dat de termijn eerst begint te lopen na terhandstelling van (een afschrift van) de koopakte, terwijl de richtlijn de termijn laat aanvangen na de ondertekening van de koopakte door partijen, wordt de positie van de koper versterkt doordat hij ook in geval van 7:48c lid 1 BW (het in de richtlijn met *terugtrekking* aangeduide geval) geen vergoeding aan de verkoper verschuldigd is en wordt ex art. 7:48g BW de richtlijnbescherming uitgebreid tot kopers van onroerende zaken, die zijn gelegen op het grondgebied van een lidstaat die deel uitmaakt van de Europese Economische Ruimte. Zie voor een opsomming van deze lidstaten: <<http://www.ce-marking.nl/nl/helpdesk/faq2.html>>.

nakoming van de richtlijn,⁷ welke gevolgen volgens art. 10 van de richtlijn door de lidstaten moeten worden geregeld. In het Verslag van de Europese Commissie wordt Nederland genoemd in de categorie landen die hebben gekozen voor een omzetting van de richtlijn die letterlijk wordt genoemd, aangezien de nationale maatregelen heel weinig afwijken van de strikte inhoud van de richtlijn.⁸ Landen die dit niet hebben gedaan, zoals Spanje en Portugal, worden ingeschaard bij de groep van wat de Commissie noemt: de innovatieve aanpak. Het eindresultaat van Nederland is een hopeloos gebrekkig product (zie nr. 5).

Als laatste oorzaak kan worden genoemd, dat de obligatoire constructie van timeshare de gebruiker per definitie een veel geringere bescherming biedt dan een zakenrechtelijke en dat onze wetgever anders dan bij voorbeeld de Spaanse en de Nederlands-Antilliaanse – zie voor de laatste hierna nr. 7 – heeft verzuimd een apart zakelijk recht te creëren. Door deze omissie moet de praktijk zich (zien te) redden met het bestaande wettelijke arsenaal, dat niet goed toegesneden is op de bijzonderheden van de timeshare (hierna nr. 6).

De huidige wettelijke regeling van timeshare vormt de echo van moreel verwerpelijk praktijken van verkopers van timeshares. Maar als de reactie van de Nederlandse wetgever op dergelijke praktijken, zoals helaas het geval is, volstrekt ontoereikend is, zullen de gesignaleerde misstanden voortduren en zal uiteindelijk aan de rechter de ondankbare taak zijn om roeiend met de riemen die hij heeft, de rechtsverhouding tussen verkoper en koper een moreel aanvaardbaar gehalte te geven. Gezien vanuit de Trias Politica is dit echter de omgekeerde wereld. De timeshareregeling is een schoolvoorbeeld van improductieve wetgeving.

Ten slotte nog een opmerking van terminologische aard. Het verschijnsel timeshare kent een zeer rijke verscheidenheid aan aanduidingen. Onze wetgever voegt hieraan een nieuwe toe en heeft in afdeling 10A van de eerste titel van Boek 7 BW gekozen voor 'gebruik in deeltijd'. Mijn voorkeur gaat uit naar 'gebruik bij toerbeurt', omdat uitsluitend deze aanduiding duidelijk maakt dat er nog andere⁹ gebruikers zijn én dat zij elkaar afwisselen. Daarnaast gebruik ik het min of meer gemunte begrip timeshare.

7 Zie wetsvoorstel 24 449, nr. 3, p. 4, laatste alinea.

8 Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994, SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk I, p. 5.

9 Vergelijk: deeltijdfunctie; dit begrip veronderstelt niet dat de functie met een of meer anderen wordt gedeeld.

2 DE KARAKTERISTIEKEN VAN HET RECHT VAN GEBRUIK BIJ TOERBEURT¹⁰

Het zal niet verbazen dat de literatuur over timeshare¹¹ voor een belangrijk deel buiten onze landsgrenzen moet worden gezocht en niet zelden Spaanstalig is. De twee Nederlandstalige proefschriften op dit gebied zijn vooral rechtsvergelijkend van aard en geschreven door auteurs uit de Nederlandse Antillen.¹² Bij ons heeft vooral Van Velten zich met timeshare bezig gehouden.

Welke zijn de karakteristieken van een recht van gebruik bij toerbeurt? Arduin¹³ noemt de volgende vier elementen die naar haar mening de timeshare kenmerken:

‘1. eigendom (juridische of economische), 2. gebruiksbevoegdheid, 3. beperkte periode en 4. medegenot van de algemene voorzieningen, behorend bij de onroerende zaak.’

Haar aanduiding is deels onjuist, deels onvolledig. Zij is onjuist waar timeshare wordt aangeduid als *juridische* eigendom. Kortheidshalve verwijs ik naar nr. 6 van mijn bijdrage. De typering van Arduin is onvolledig, omdat een flink aantal wezenlijke elementen ontbreekt: de exclusiviteit en het alternerend karakter van het gebruiksrecht, de overdraagbaarheid van het recht, de aanspraak op diensten, de (vooruit)betaling van een (totaal)prijs, de verplichting om te zorgen voor aanwezigheid van huisraad, het ontbreken van de bevoegdheid van de timesharegerechtigde om veranderingen aan te brengen aan zowel de structuur en het inwendige van de accommodatie als aan de inrichting ervan (het huisraad), de omslag van de exploitatiekosten en de gehoudenheid van de gerechtigde zich als een zorgvuldig gebruiker te gedragen.

Van de Velde¹⁴ komt tot de volgende typering van timesharing: verschillende personen hebben op een (al dan niet welbepaald, maar bepaalbaar) (onroerend) goed een roterend, ‘cyclisch’, zakelijk en/of persoonlijk, exclusief recht van gebruik en/of genot gedurende een al dan niet welbepaalde maar bepaalde periode. Zoals bij de bespreking van art. 1 Ley 42/1998 nog zal blijken, schiet ook deze aanduiding ernstig tekort doordat talrijke essentiële elementen ontbreken.

10 Aandacht wordt uitsluitend besteed aan civielrechtelijke aspecten. Rechtbank Rotterdam 5 april 2005 (voorzieningenrechter), *LJN AT3564* merkt de timeshare-overeenkomst waarover hij had te beslissen aan als ‘een obligatie of soortgelijk waardepapier’ in de zin van de Wet Toezicht Effectenverkeer 1995; zie ook CBB 20 september 2005, *LJN AU3267*.

11 Zie voor een opsomming van de Nederlandstalige literatuur: Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten (2002) nr. 366, Asser-Hijma 5-I (2001), nr. 150a en J. van de Velde, *Timesharing van onroerend goed: een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse* (diss. Gent, 1999), p. 876-881.

12 R.J.A. Arduin, *Timesharing, Timesharing van onroerend goed vergeleken* (diss. Amsterdam VU 1993) en J. van de Velde, *Timesharing van onroerend goed: een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse* (diss. Gent, 1999).

13 Arduin 1993, p. 3; zie ook p. 70.

14 Van de Velde 1999, p. 35.

Gustavo Alegre¹⁵ omschrijft timeshare als de overeenkomst waarbij de gerechtigde periodiek en exclusief tegen betaling van een prijs een voor vakantie bestemde onroerende zaak kan gebruiken en hiervan het genot kan hebben gedurende een bepaalde periode per kalenderjaar. Deze aanduiding is mijns inziens enerzijds veel te algemeen, anderzijds ontbreken ook hier wezenlijke elementen, terwijl de bestemming van de onroerende zaak (vakantiedoeleinden) geen wezenskenmerk is van timeshare.

Een wel heel magere aanduiding van timeshare biedt de Colombiaanse wet. De materie is geregeld in de Algemene Wet op het Toerisme,¹⁶ Hoofdstuk IX: Del sistema de tiempo compartido. Art. 95 bepaalt niet meer dan dat de gerechtigde ieder jaar gedurende een bepaalde periode, doorgaans een week, een tijdelijk of eeuwigdurend, overdraagbaar recht heeft van gebruik en genot van een toeristisch of recreatief onderkomen.¹⁷

Stukken beter dan de hiervóór genoemde typering is die van Van Velten.¹⁸

‘Onder periode-eigendom wordt verstaan elke rechtsvorm waarbij aan een koper direct of indirect de (mede)eigendom van één of meer begeleide (meestal recreatie) project(en) wordt overgedragen, onder de beperking van de uitoefening van diens recht tot een bepaald, elk jaar terugkerend tijdvak. Gedurende dat tijdvak heeft hij als enige van een nader te omschrijven deel van dat project en het daarin aanwezige meubilair het genot, terwijl hij dan tevens gebruik mag maken van alle faciliteiten die het project biedt. Bij de verwerving is een vergoeding ineens verschuldigd, terwijl de exploitatiekosten van het project worden omgeslagen over de periode-eigenaars.’

Grootste bezwaar tegen deze typering is dat *uitgifte* van een timeshare in (mede)eigendom niet mogelijk is. Ik verwijs korthedshalve naar mijn uiteenzettingen in nr. 6. Een tweede bezwaar is dat geen rekening wordt gehouden met een uitsluitend obligatoir gebruiksrecht en dat dit recht overdraagbaar is. Voorts ontbreekt de verplichting van de timesharegerechtigde zich als een zorgvuldig gebruiker te gedragen. Hij is immers niet de enige zakelijk gerechtigde. Ook hadden niet mogen ontbreken de verplichting van de eigenaar/

15 In: *Contratos especiales en el siglo XXI*, coordinación Roberto López Cabana, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 301.

16 Ley 300 de 1996 de julio 26, Diario Oficial Nr. 42.845 de julio de 1996 (La Ley General de Turismo).

17 De tekst van art. 95 luidt: ‘El sistema de tiempo compartido turístico es aquel mediante el cual una persona natural o jurídica adquiere, a través de diversas modalidades, el derecho de utilizar, disfrutar y disponer, a perpetuidad o temporalmente, una unidad inmobiliaria turística o recreacional por un período de tiempo en cada año, normalmente una semana.’

18 ‘Verkoop van periode-eigendom (time-sharing van onroerend goed) en consumentenbescherming: een vrijwel onontgonnen gebied’, *TvC* 1991, nr. 5, p. 341. Merkwaardig is dat hij op p. 339 een deels andere typering geeft! Deze laatste is identiek aan die van zijn artikel: ‘Time sharing van onroerend goed’, *WPNR* 5396 (1977), p. 418, l.k.

verkoper het onderkomen van de nodige inrichting te voorzien en de aanspraak van de timesharegerechtigde op diensten die wezenlijk zijn voor de uitoefening van zijn recht.

Veel van de elementen die Van Velten noemt, zijn terug te vinden in de omschrijving van de Spaanse wetgever. Zij is tot nu toe onvertroffen en is bovendien geënt op de Europese richtlijn, maar desondanks incompleet. In art. 1 lid 1 Ley 42/1998 wordt de volgende omschrijving van de timeshare-overeenkomst gegeven:

‘Es objeto de esta Ley la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo.’

Volgens deze aanduiding zijn de karakteristieken van timeshare de volgende:

- a) Een exclusief genotsrecht met betrekking tot een bepaalde accommodatie. Lid 2 van art. 1 stelt vervolgens nadere eisen aan het gebouw of, indien daarvan sprake is, de groep gebouwen.
- b) Ieder jaar gedurende een bepaalde periode. Volgens lid 3 kan deze periode niet korter zijn dan zeven aaneengesloten¹⁹ dagen. Niet duidelijk is of de periode jaarlijks mag variëren.
- c) De accommodatie moet een onafhankelijk gebruik mogelijk maken doordat hij een eigen of gemeenschappelijke uitgang op de openbare weg heeft.²⁰
- d) De accommodatie moet permanent zijn uitgerust met huisraad dat voor het doel geschikt is;
- e) Een recht op aanvullende diensten. Art. 4 sub c bepaalt dat de verkoper hiertoe een overeenkomst dient te sluiten met een onderneming, die niet gevestigd mag zijn in een fiscaal paradijs en ten minste één vestiging in Spanje moet hebben.

19 De wet spreekt van *siete días seguidos*. In dit opzicht is de Spaanse wet preciezer ten aanzien van de bedoeling van de richtlijn dan art. 7:48a BW dat spreekt van een week, hierbij in het midden latend of dit een *aaneengesloten* tijdvak van zeven dagen is.

20 Vergelijk art. 7:234 BW (definitie van zelfstandige woning).

- f) Het recht omvat niet de bevoegdheid veranderingen aan te brengen aan de accommodatie of het huisraad.²¹
- g) Het recht is naar keuze beperkt zakelijk of obligatoir.
- h) Het recht is overdraagbaar.²²

Een aantal wezenlijk elementen ontbreekt echter ook in deze omschrijving: de omslag van de exploitatiekosten over de timesharegerechtigden en het alternerend karakter van het recht; de verschillende timesharerechten volgen elkaar op in de tijd.²³ Dit element ligt niet reeds besloten in de aanduiding *aprovechamiento por turno*, omdat dit de aanduiding is van de naam en niet van het karakter van het recht.

Blijkens de omschrijving zijn kennelijk geen karakteristieken van timeshare: het doel waarvoor het onderkomen wordt gebruikt en de verplichting tot gehele of gedeeltelijke vooruitbetaling van de koopsom. Het eerste is terecht, het laatste niet, omdat vooruitbetaling de praktijk van alle dag is. Zij dient dan ook als karakteristiek in de omschrijving te worden opgenomen, zoals Van Velten en bij voorbeeld de Venezolaanse wet²⁴ terecht wel doen en waartoe des te meer aanleiding bestaat gezien art. 7:48d BW (vooruitbetaling totaalprijs) en met name art. 7:48e BW – waarvan het Spaanse equivalent art. 12 Ley 42/1998 is –, dat bepaalt dat ontbinding van de koopovereenkomst ook ontbinding van de financieringsovereenkomst tot gevolg heeft. Deze ontbinding vindt van rechtswege plaats ingeval van financiering door de verkoper, terwijl ex lid 3 een ontbindingsverklaring nodig is ingeval van financiering door een derde op grond van een met de verkoper gesloten overeenkomst. Voor financiering door een derde die geen relatie heeft met de verkoper, bevat het BW geen voorziening. Dat ook hier ontbonden moet kunnen worden, ligt in de rede. Hiertoe zal een beroep gedaan moeten worden op HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 (Jans/Fiat Credit).

21 J. van de Velde, *Timesharing van onroerend goed: een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse* (diss. Gent 1999), p. 23, spreekt van een relatief radicaal verbod.

22 De overdraagbaarheid van het recht is geregeld in art. 15 lid 1 Ley 42/1998 ('El titular de un derecho de aprovechamiento por turno puede libremente disponer de su derecho sin más limitaciones que las que resultan de las leyes y sin que la transmisión del mismo afecte a las obligaciones derivadas del régimen').

23 Art. 2030 BW Argentië rept van 'usos y goces sucesivos o alternados por períodos determinados' (cursief JJ). In de Spaanse regeling had derhalve moeten staan: 'con carácter exclusivo e alternado'.

24 De tekst van de Venezolaanse 'Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido, Gaceta Oficial N° 5022 Extraordinario del 18.12.1995', luidt: 'es el derecho de uso y disfrute sobre un alojamiento de carácter turístico, amoblado y equipado, integrado a un desarrollo inmobiliario, durante un período específico y a intervalos, previamente establecidos, determinados o determinables, así como también a la utilización de todas las instalaciones y servicios comunes del respectivo desarrollo inmobiliario, a cambio de un precio cierto *pagadero por adelantado* en uno o más plazos' (Cursief JJ).

In de *Exposición de motivos I* op de wet wordt het verrichten van diensten *essentieel* genoemd voor timeshare. Opgemerkt wordt dat zonder een onderneming die diensten verricht dan wel indien zo'n onderneming er wel is, maar niet goed functioneert, in de praktijk het timesharerecht niet kan worden uitgeoefend.²⁵ Welke aanvullende²⁶ diensten moeten worden verleend, wordt evenwel niet bepaald. Art. 5 lid 1 sub 4 Ley 42/1998 rept slechts van diensten die inherent zijn aan timeshare ('servicios que se han de prestar y que son inherentes a los derechos de aprovechamiento por turno'). In de praktijk betreft het vooral diensten in de sfeer van exploitatie, onderhoud, beheer en administratie.

Het wezenlijk karakter van de diensten wordt nog eens onderstreept in art. 16 Ley 42/1998, dat bepaalt dat de eigenaar of promotor jegens de timesharegerechtigde aansprakelijk is voor de correcte nakoming door de onderneming die gehouden is de diensten te verrichten. Ingeval van wanprestatie van deze dienstenonderneming zijn de eigenaar en de promotor – ook al zijn ze geen partij bij deze dienstenovereenkomst – verplicht de dienstenovereenkomst te ontbinden en schadevergoeding ten behoeve van de timesharegerechtigden te eisen. Omgekeerd kunnen laatstgenoemden van de eigenaar en van de promotor nakoming van de dienstenovereenkomst en schadevergoeding vorderen in geval van niet nakoming door de dienstenonderneming. Wordt de dienstenovereenkomst ontbonden dan komen de contractuele verplichtingen direct op de eigenaar of op de promotor te rusten dan wel moeten zij een andere onderneming voor het leveren van de diensten contracteren zonder dat hierdoor aan bestaande rechten van de timesharegerechtigden afbreuk kan worden gedaan.

Het Spaans systeem kent nog de bijzonderheid dat pas – zakelijke dan wel obligatoire – timesharerechten in het leven kunnen worden geroepen, indien de eigenaar een timeshareregiem voor het gebouw of de groep gebouwen in het leven heeft geroepen. Hiertoe zijn ex art. 4 e.v. Ley 42/1998 nodig een authentieke akte en inschrijving hiervan in de openbare registers.²⁷ De akte moet beantwoorden aan een reeks vereisten en een veelheid aan zeer gedetailleerde gegevens²⁸ bevatten alles op straffe van niet-inschrijving, waardoor uitgifte in timeshare onmogelijk is.

25 De tekst luidt: 'Además, la Ley contiene una expresa mención de la empresa de servicios, esencial para la vida del régimen y para el adecuado disfrute del derecho adquirido. Sin empresa de servicios, o si ésta funciona incorrectamente, el derecho no podrá ser ejercitado en la práctica y de poco le servirá al adquirente que el contenido jurídico del mismo esté en otros aspectos perfectamente determinado' (Cursief JJ).

26 Het adjectief – 'complementarios' – is duister. Waarschijnlijk wordt bedoeld: complementair aan het genotsrecht, hoewel dit geen dienst is.

27 Dezelfde constructie wordt gevolgd in art. 2030 BW Argentinië: '(...) el condominio con *indivisión forzosa* se constituye por el otorgamiento en escritura pública del reglamento de condominio y administración y su inscripción en el registro inmobiliario' (Cursief JJ).

28 Zie art. 9 Ley 42/1998, dat bestaat uit anderhalve bladzijde zeer geserreerde tekst.

Tegen de achtergrond van met name de Spaanse typering is die van art. 7:48a BW hoogst gebrekkig doordat de elementen (a), (c), (d), (e), (f), (h) alsmede de vooruitbetaling van de koopprijs – al dan niet in termijnen – en de omslag van de onderhouds- en exploitatiekosten over de timesharegerechtigden ontbreken. Met name in verband met de zakenrechtelijke modaliteit van het gebruiksrecht zal ook moeten worden bepaald dat de timesharegerechtigde als een zorgvuldig gebruiker dient om te gaan met het onderkomen en met de inboedel, immers hij is niet de enige gerechtigde. Voor de obligatoir gebruiksgerechtigde vloeit deze verplichting al voort uit art. 6:248 lid 1 BW. Van de omschrijving dient geen deel uit te maken dat het timesharerecht betrekking heeft op een *vaste en specifiek aangeduide* (groep van) onroerende za(a)k(en)²⁹ waardoor onder andere de in nr. 4 te noemen travel discount club binnen het bereik van de regeling zal vallen.

Met name het ontbreken van kernelement (e)³⁰ is om meer dan één reden een gemis, niet in het minst omdat hierdoor de kans is gemist de timeshare-overeenkomst te brengen binnen het bereik van art. 5 EVO.³¹ In dit verband is van belang het arrest Travel Vac/Antelm Sanchis,³² waarin het Hof van Justitie heeft beslist dat de overeenkomst – die het Hof met zoveel woorden aanduidt als: ‘timesharing-overeenkomst’ – zowel binnen het kader van het recht van gebruik van onroerende zaken als van de levering van afzonderlijke diensten kon vallen en dat, gelet op het feit dat de diensten een hogere waarde vertegenwoordigden dan het gebruiksrecht van de onroerende zaak, een dergelijke overeenkomst niet moest worden beschouwd als een overeenkomst die hoofdzakelijk betrekking heeft op rechten met betrekking tot onroerende zaken.

Ik kom tot de volgende omschrijving:³³ het recht van gebruik bij toerbeurt is een beperkt³⁴ zakelijk of persoonlijk recht dat de gerechtigde tegen gehele of gedeeltelijke vooruitbetaling van een geldsom gedurende steeds dezelfde periode per kalenderjaar een exclusief en alternerend recht van gebruik geeft van een zelfstandige woning³⁵ en de inboedel³⁶ waarmee de woning met

29 Bij de zakenrechtelijke variant van de timeshare is dit uiteraard onmogelijk.

30 Art. 1, aanhef, sub g, Gegevensbesluit (Besluit van 25 juni 1997, houdende regels inzake de gegevens die de verkopers van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken ten behoeve van kopers in de koopakte moeten vermelden) veronderstelt het bestaan van diensten!

31 EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen, *Trb.* 1980, 156.

32 HvJ 22 april 1999, *NJ* 1999, 748.

33 In deze definitie wordt een aantal rechten van de gebruiker genoemd. Niet nader is aangeduid op wie de met deze rechten corresponderende verplichtingen rusten. Dit is ook niet goed mogelijk nu de omschrijving zowel op de zakenrechtelijke als op de obligatoire variant van het gebruiksrecht bij toerbeurt betrekking heeft. Bij de zakenrechtelijke variant zullen de kwalitatieve verplichtingen rusten op de hoofdgerechtigde, bij de obligatoire variant op de debiteur.

34 Zie hierna nr. 6.

35 Zie voor dit begrip art. 7:234 BW

het oog op het voorziene gebruik dient te zijn uitgerust. Het recht is overdraagbaar en sluit tevens in een recht van gebruik van gemeenschappelijke voorzieningen. De gerechtigde heeft aanspraak op diensten die essentieel zijn voor de uitoefening van zijn recht. Hij is verplicht bij te dragen in de kosten van exploitatie en onderhoud. Hij is niet bevoegd veranderingen aan te brengen aan de woning of de inboedel en hij is gehouden zich als een zorgvuldig gebruiker te gedragen. Het recht kan ook op de voet van art. 3:168 BW in het leven worden geroepen.³⁷ Art. 3:178 BW is niet van toepassing.

3 DE AARD VAN HET PERSOONLIJK RECHT VAN GEBRUIK BIJ TOERBEURT VOLGENS HET BW

In de Europese richtlijn wordt nadrukkelijk geen uitspraak gedaan over de aard van de overeenkomst inzake het recht van gebruik bij toerbeurt van een onroerende zaak en wordt aan de lidstaten de keuze gelaten van een juridische kwalificatie van deze overeenkomst.³⁸ In de verschillende lidstaten van de Europese Unie treft men in dit opzicht dan ook verschillende benaderingen aan.³⁹

Art. 7:48a BW typeert de timeshare-overeenkomst als ‘iedere overeenkomst en ieder samenstel van overeenkomsten met een duur van ten minste drie jaren en met de strekking dat de ene partij – de verkoper – tegen betaling van een totaalprijs aan de andere partij – de koper – een zakelijk of persoonlijk recht geeft of zich verbindt te geven tot gebruik voor ten minste een week per jaar van een of meer tot bewoning bestemde onroerende zaken of bestanddelen daarvan’. De wetgever typeert de overeenkomst als een koopovereenkomst, omdat timeshare-overeenkomsten ‘in de praktijk vrijwel steeds, zo niet altijd, koopovereenkomsten zullen zijn’.⁴⁰ In hetzelfde nummer van de Toelichting wordt dit beeld echter al genuanceerd: de regels van koop zijn van toepassing ‘voorzover dit in overeenstemming is met de aard van het recht van gebruik van een onroerende zaak in deeltijd’. In het Verslag over de toepassing van de richtlijn⁴¹ wordt opgemerkt dat de meeste lidstaten er bij de omzetting van afgezien hebben om de overeenkomst juridisch te kwalifice-

36 Zie voor dit begrip art. 3:5 BW.

37 Korthedshalve verwijs ik naar nr. 6. Overbodig is om in de definitie tot uitdrukking te brengen dat het recht van gebruik bij toerbeurt in dit geval geen *beperkt* zakelijk recht is.

38 Zie vierde overweging van de considerans van de richtlijn, voorts SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk II (Opmerkingen over de omzetting), ad A sub 1, p. 8 en wetsvoorstel 24 449, nr. 6 (Nota n.a.v. het verslag), p. 3.

39 European Commission, Consultation Paper, Review of the Timeshare Directive (94/47/EC), p. 9, te vinden op: <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/consultation_paper010606_en.doc>, noemt er vier: property right, right of tenancy, het Franse systeem van de Société Civile d’Attribution en het Engelse Trustee-Club System.

40 Wetsvoorstel 24 449, nr. 3, sub 2.

41 SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk II, p. 8.

ren. Dit wijst er niet bepaald op dat in de praktijk timeshare-overeenkomsten, zoals onze wetgever wil doen geloven, vrijwel steeds koopovereenkomsten zijn.

Mijns inziens kan slechts van een koopovereenkomst worden gesproken, indien het recht van gebruik bij toerbeurt van een onroerende zaak een *zakelijk* recht is, omdat alleen dan aanwezig is wat volgens de art. 7:1 jo. 7:9 BW karakteristiek is voor de koopovereenkomst, te weten het geven van een *zaak*, die in *eigendom*⁴² aan de koper wordt overgedragen. Maar in ons recht is hoogst twijfelachtig of met het bestaande wettelijk arsenaal een zakelijk recht bij toerbeurt überhaupt valt te realiseren.⁴³ De creatie van een gebruiksrecht bij toerbeurt door overdracht in (mede)eigendom is in ieder geval onmogelijk (zie hierna nr. 6). Daarom had in art. 7:48a BW moeten zijn bepaald dat het recht *beperkt* zakelijk is.

Als *persoonlijk* recht heeft het recht veel meer de trekken van een huurovereenkomst dan van een koopovereenkomst. Hierop wijst al aanstonds de formulering van artikel 7:48a BW, dat als karakteristieken van de timeshare-overeenkomst noemt het tegen *betaling* in *gebruik* geven van een onroerende zaak. Een overeenkomst strekkende tot verkrijging van een *obligatoir* recht van *gebruik* van een onroerende zaak tegen *betaling* van een prijs is blijkens art. 7:201 BW echter geen koop, maar huur; bondig gezegd: koop van een obligatoir gebruiksrecht is huur. De vraag is derhalve veeleer of we te maken hebben met een overeenkomst die in de kern een huurovereenkomst is of met een overeenkomst die voldoende eigen kenmerken heeft om hem aan te merken als een overeenkomst sui generis. De wetgever rept in 7:48a BW niet ten onrechte van *totaalprijs* in plaats van prijs, hiermee aangevend dat de timeshare-overeenkomst nog andere elementen bevat dan enkel het tegen betaling in gebruik geven van een onroerende zaak. Hierbij moet name worden gedacht aan het leveren van allerlei diensten zoals schoonmaak, onderhoud, reparatie, exploitatie, beheer, levering van water en energie, receptie, bemiddeling bij ruil van timeshares en aan de inrichting (meubilering) van de onroerende zaak.

De minister merkt in de toelichting op art. 7.1.10A.1 (thans art. 7:48a BW) op dat de aanduiding *totaalprijs* in de omschrijving van de richtlijn *lijkt* (sic!) te zijn bedoeld om huurovereenkomsten buiten het toepassingsbereik van de richtlijn te houden.⁴⁴ Deze – met een Duitse term: – Hineininterpretation stuit echter af op de reeds gedane constatering dat in de Europese richtlijn nadrukkelijk geen uitspraak wordt gedaan over de aard van de overeenkomst inzake het recht van gebruik bij toerbeurt van een onroerende zaak en dat aan de lidstaten de keuze wordt gelaten van een juridische kwalificatie van deze

42 Kan ex art. 7:47 BW ook een hiervan afgeleid recht zijn, hetgeen van belang is omdat eigendom en timeshare zich niet met elkaar verdragen; zie hierna nr. 6.

43 De Spaanse en de Nederlands-Antilliaanse wet bieden de keuze tussen een afzonderlijk gecreëerd zakelijk recht en een obligatoir recht.

44 Zie wetsvoorstel 24 449, nr. 3, p. 6, eerste volle alinea; idem, nr. 6, p. 3.

overeenkomst. Dit is gedaan vanwege de zeer uiteenlopende regelingen die de lidstaten op stuk van de timeshare kennen.⁴⁵ Bovendien is onder andere de Spaanse wet het levende bewijs dat de richtlijn niet aan de kwalificatie van timeshare als huurovereenkomst in de weg staat. Zo bepaalt art. 1 lid 6 Ley 42/1998, dat seizoenshuurovereenkomsten waarbij de *huur* voor alle seizoenen – mits ten minste drie en maximaal vijftig in aantal – geheel of gedeeltelijk wordt vooruitbetaald, onder het regiem van de ‘derecho de aprovechamiento por turno’ vallen en wordt met zoveel woorden gesteld dat de timeshare-regeling onverlet laat de Stedelijke Huurwet.⁴⁶ De Griekse wet regelt de timeshare zelfs bij de huurovereenkomst⁴⁷ en ook het Engelse systeem van tenancy⁴⁸ duidt op het huurkarakter van de timeshare.

Voorts wordt (het effect van) art. 6:215 BW miskend. Mij zou niet verbazen, indien de rechter met gebruikmaking van deze bepaling – ingevolge welke ingeval een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten voldoet, de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing zijn, behoudens voorzover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet – bij overeenkomsten als bedoeld in art. 7:48a BW het accent zal leggen op de huurbepalingen. Dan zou in ieder geval één timeshareprobleem zijn opgelost, te weten de binding – ex art. 7:226 BW – aan de timeshare-overeenkomst van de rechtsopvolger van de verkoper, die de onroerende zaak waarvan de in timeshare verworven accommodatie deel uitmaakt, in eigendom overdraagt.

Voor ons recht wordt het huurkarakter verdedigd door Mertens.⁴⁹ Ook het Röslerarrest⁵⁰ van het Hof van Justitie pleit ervoor timeshare te zien als een huurovereenkomst. In casu betrof het de huur voor korte duur van een vakantiewoning. Het Hof overwoog dat art. 16, punt 1, sub a EEG-Executieverdrag van toepassing is op ‘elke overeenkomst inzake huur en verhuur van onroerend goed, ongeacht de bijzondere kenmerken van die overeenkomst’.⁵¹

45 Zie noot 39.

46 De desbetreffende tekst luidt: ‘Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. (...)’

47 Zie R.J.A. Arduin, *Timesharing, Timesharing van onroerend goed vergeleken* (diss. Amsterdam VU 1999), p. 70 alsmede European Commission, Consultation Paper, Review of the Timeshare Directive (94/47/EC), p. 9 te vinden op: <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/consultation_paper010606_en.doc>.

48 Zie noot 39.

49 R.F.H. Mertens, ‘Wettelijke bescherming van kopers’, *BR* 1996, p. 481. Zie ook Bijzondere overeenkomsten (losbladig), commentaar op art. 7:48a BW.

50 HvJ 15 januari 1985, 241/83, *Jur.* p. 99.

51 Cursief JJ.

Nog duidelijker over het karakter van timeshare als huurovereenkomst is het *Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba*, dat bovendien art. 7:48a BW (Nederland) in zijn overwegingen betreft:⁵²

‘4.4. Voor een huurovereenkomst is ingevolge art. 7A:1565 BW⁵³ vereist dat het genot van een zaak wordt verschaft tegen een bepaalde prijs voor een bepaalde tijd. In het onderhavige geval hebben de overeenkomsten betrekking op bepaalde units en bepaalde weken. Dat geruimd mag worden en daardoor een flexibele invulling aan het time-share recht kan worden gegeven doet aan dit uitgangspunt niet af. Ook dat het gaat om genot in deeltijd staat aan een huurovereenkomst niet in de weg; niet vereist is dat de huurder voortdurend de beschikking heeft over het genot van de zaak. Voor wat betreft de bepaalde tijd geldt voorts dat het gaat om een langdurige periode waarin een unit met intervallen ter beschikking staat van de time-share gerechtigde. Er is daarmee voldaan aan het vereiste dat de huur voor een bepaalde tijd is overeengekomen, waarbij de overeengekomen periode – 99 resp. 96 jaar – nog niet dusdanig lang is dat in wezen van eeuwigdurende huur moet worden gesproken. Voorts is aan het vereiste van de bepaalde prijs voldaan. Niet essentieel voor huur is dat de huurprijs periodiek wordt voldaan; ook betaling van een bedrag ineens – zoals in casu – is mogelijk.

4.5. Het Hof merkt nog op dat partijen (...) de overeenkomsten zelf klaarblijkelijk ook (mede) als een huurovereenkomst hebben willen beschouwen. Aan de opvatting van partijen komt echter op zichzelf geen doorslaggevende betekenis toe bij de beantwoording van de vraag of een overeenkomst, gelet op haar kenmerken, als een huurovereenkomst kan worden gekwalificeerd.

4.6. De definitie van time-share die is opgenomen in het in Nederland geldende art. 7:48a BW (welk artikel deel uitmaakt van afdeling 10A, titel 1, Boek 7 BW, strekkende tot incorporatie van de Europese Richtlijn 94/47/EG) sluit niet uit dat time-share (tevens) als huur kan worden gekwalificeerd, nog daargelaten wat de betekenis is die hier te lande aan die definitie moet worden toegekend.’

Ten slotte noem ik A-G Geelhoed, die in zijn conclusie, sub 25-30, voor het arrest *Brigitte en Marcus Klein/Rhodos Management Ltd.*⁵⁴ met kracht van argumenten bepleit de timeshare-overeenkomst aan te merken als een overeenkomst van huur en verhuur in de zin van art. 16, punt 1, sub a EEG-Executieverdrag. Hieraan doet niet af dat het Hof hem niet volgt, omdat het Hof, net zoals in zijn in nr. 2 genoemde uitspraak *Travel Vac/Antelm Sanchis* het gewicht van de verschillende elementen van de overeenkomst weegt en een geringere betekenis toekent aan het element gebruik van een onroerende zaak. Opvallend is dat het Hof, anders dan in *Travel Vac/Antelm Sanchis* zorgvuldig de aanduiding timeshare vermijdt. Het Hof overweegt:

52 GHvJ 27 september 2002, NJ 2004, 92.

53 Bedoeld is het BW van de Nederlandse Antillen, verder: BWNA.

54 HvJ 13 oktober 2005, NJ 2006, 285 m.nt. p. Vlas.

‘26. Gelet op een (lees: en, J) ander lijkt het verband tussen de overeenkomst van lidmaatschap van de club die in het hoofdgeding aan de orde is, enerzijds, en het onroerend goed dat daadwerkelijk door het lid kan worden gebruikt, anderzijds, niet nauw genoeg om de kwalificatie overeenkomst van huur en verhuur, pacht en verpachting in de zin van artikel 16, punt 1, sub a, Executieverdrag te rechtvaardigen. Dit artikel dient immers, zoals in punt 15 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, restrictief te worden uitgelegd.

27. Deze conclusie wordt bevestigd door de omstandigheid dat deze lidmaatschaps-overeenkomst voorziet in diensten waarvan de leden van de club onder dezelfde voorwaarden gebruik kunnen maken als de klanten van het hotel. Zoals de Commissie heeft betoogd, gaan deze extra diensten verder dan de overdracht van een gebruiksrecht, het voorwerp van de huurovereenkomst. Ook al worden de inhoud en de aard van de diensten waarover het in het hoofdgeding gaat, in de verwijzingsbeslissing niet gepreciseerd, toch moet eraan worden herinnerd dat een gemengde overeenkomst, op grond waarvan tegen een door de cliënt betaalde totaalprijs een pakket van diensten wordt verricht, buiten het gebied ligt waarin de exclusieve bevoegdheidsregel van artikel 16, punt 1, Executieverdrag zijn bestaansrecht heeft, en geen eigenlijke huur- of pachtovereenkomst in de zin van deze bepaling is (arrest van 26 februari 1992, C-280/90, Jurispr. p. I-1111, punt 15).

28. Onder deze omstandigheden dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 16, punt 1, sub a, Executieverdrag aldus moet worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op een overeenkomst van lidmaatschap van een club op grond waarvan de leden tegen betaling van een lidmaatschapsbijdrage, die het voornaamste bestanddeel van de totale prijs vormt, een recht van deeltijds gebruik van een louter naar type en ligging aangewezen onroerende goed kunnen verkrijgen, en die bepaalt dat de leden toetreden tot een organisatie, waardoor zij de mogelijkheid krijgen, hun gebruiksrecht te ruilen.’

Het Hof volgt hier dezelfde redenering als in het Sanders-arrest,⁵⁵ waarin het oordeelde dat een overeenkomst waarbij de ene partij zich ertoe verbond de exploitatie van een bloemenwinkel over te nemen en aan de andere partij een bedrag voor goodwill alsook een maandelijks rente te betalen, niet onder artikel 16, punt 1, viel, omdat de opzet van deze bepaling ‘niet geldt wanneer de overeenkomst in hoofdzaak betrekking heeft op een onderwerp van andere aard, met name op de verpachting van een handelszaak’. Een extra probleem doet zich voor bij timeshare met een (wereldwijd) ruilprogramma, omdat toepassing van de *lex rei sitae* tot gevolg heeft dat dezelfde overeenkomst steeds door een ander rechtstelsel zal worden beheerst. Wellicht dat dit element (ook) een rol heeft gespeeld bij de beslissing van het Hof in de zaak Brigitte en Marcus Klein/Rhodos Management Ltd.

Eén ding is intussen wel duidelijk geworden: reeds bij de allereerste bepaling van afdeling 10A van de eerste titel van boek 7 BW wordt de rechter door de wetgever al opgepadeld met een niet gering probleem: hoe überhaupt de timeshare-overeenkomst te kwalificeren en hierdoor vast te stellen door welke

55 HvJ 14 december 1977, 73/77, *Jur.* p. 2383.

– met name dwingendrechtelijke – regels hij wordt beheerst. Uit het citaat in de eerste alinea van dit nummer kan worden afgeleid, dat – ook volgens de Nederlandse wetgever – de rechter niet gehouden is de overeenkomst daadwerkelijk als een koopovereenkomst aan te merken op grond van het enkele feit dat de wetgever de overeenkomst als een koopovereenkomst aanmerkt, maar is hij vrij in zijn kwalificatie ervan. Op deze manier kan onder andere worden voorkomen dat op de bestanddelen⁵⁶ van art. 7:48a BW, voorzover hiertoe ook gerekend moeten worden *zelfstandige roerende zaken*, de dwingendrechtelijke voorschriften van de consumentenkoop – art. 7:5 BW – moeten worden toegepast. Hetzelfde geldt voor het huisraad waarmee het onderkomen is uitgerust.

In de volgende nummers duid ik gemakshalve de betrokken partijen mede aan als verkoper en koper en de prestatie als koopprijs.

4 DE GRENZEN VAN DE OVEREENKOMST VAN GEBRUIK BIJ TOERBEURT VOLGENS ART. 7:48A BW

De overeenkomst die niet beantwoordt aan de omschrijving van art. 7:48a BW, is niet ongeldig, maar is geen overeenkomst in zin van afdeling 7.1.10A BW. Zo'n overeenkomst is onderworpen aan het gemene recht.⁵⁷ Een van de prangende vragen is dan of en zo ja, welke reflexwerking afdeling 7.1.10A heeft op deze overeenkomst.

De verkoper die niet gehinderd wil worden door afdeling 7.1.10A BW, heeft gemakkelijk spel. Hem staan ten minste twee wegen open om dit resultaat te bereiken: hij kan de timeshare beperken tot minder dan een week òf hij kan de overeenkomst aangaan voor minder dan drie jaar, bij voorbeeld 35 maanden met stilzwijgende verlenging voor een gelijke periode.⁵⁸ In het eerste geval

56 Noch uit de richtlijn, noch uit de Toelichting op wetsvoorstel 24 449 valt af te leiden dat met bestanddelen in de zin van deze bepaling uitsluitend zijn bedoeld die, welke zijn genoemd in art. 3:4 BW.

57 In deze zin ook: Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994, SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk II, ad B sub 3.

58 Anders: A.L. Croes, die van mening is dat dit artikel een *strekking*bepaling is, waardoor ook overeenkomsten voor de duur van bij voorbeeld 35 maanden onder de regeling vallen. Deze opvatting is strijdig én met de wetstekst ('met een duur van *ten minste* drie jaren') én met de uitgangspunten van de richtlijn (de minimumlooptijd van drie jaren beoogt de stabiliteit van de markt te waarborgen en speculatie tegen te gaan) en zij wordt (dan ook) niet gedeeld door de Europese Commissie blijkens het Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994, SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk III, ad A. De beschermde categorieën overeenkomsten. De in art. 7:48a BW genoemde strekking van de bepaling raakt de *aard* en niet de duur van de rechtsverhouding. Zo zullen ook timeshare-rechten in de vorm van deelnemings- of lidmaatschapsrechten onder de regeling vallen.

is het wellicht ook nog mogelijk de koper *feitelijk* zeven dagen te geven door hem – onverplicht – op de dag van aankomst of van vertrek het feitelijk gebruik van de onroerende zaak toe te staan, maar deze dag formeel niet mee te rekenen. Simpler is (dan) de tweede genoemde methode: de beperking van het recht tot de duur van 35 maanden. Iure constituendum verdient het in ieder geval aanbeveling geen temporele ondergrens te stellen aan de duur van timeshare-overeenkomst of aan de duur van het verblijf. De in de richtlijn bepaalde minimale looptijd van drie jaar had tot doel de stabiliteit van de markt te waarborgen.⁵⁹ Dientengevolge wordt de richtlijnbescherming onthouden aan verkrijgers die na verkrijging van hun recht willen gaan speculeren.

Ook buiten de regeling valt het geval dat de verkoper geen professionele verkoper is. Dit zal vrijwel steeds het geval zijn wanneer een timesharegerechtigde zijn recht wil overdoen. Deze tweede koper ontbeert de bescherming van de richtlijn. Hij kan vermoedelijk nog wel terugvallen op de dwingend-rechtelijke art. 7:2 BW en 7:26 lid 4 BW. Hiertoe is echter nodig dat de rechter bereid is deze artikelen toe te passen op een timeshare-overeenkomst.⁶⁰ In dit verband zal niet zozeer twistpunt zijn dat de timeshare betrekking heeft op een voor bewoning bestemde onroerende zaak, maar of sprake is van koop. De reden om de niet-professionele verkoper uit te sluiten van de timeshareregeling is dat zo'n verkoper niet gauw gebruik zal maken van agressieve verkoopmethoden.⁶¹ Deze redenering deugt niet. In de eerste plaats laat zij de koper in de kou staan die wél te maken krijgt met een agressieve particuliere verkoper, in de tweede plaats zou de koper die weet te bewijzen dat sprake is geweest van agressieve verkooptechnieken wel de bescherming van de richtlijn deelachtig moeten worden, maar krijgt hij haar niet en, ten slotte is de richtlijn niet louter ingegeven door het verschijnsel van de agressieve verkoper. De richtlijn heeft tot doel een minimale basis van gemeenschappelijke regels inzake overeenkomsten van gebruik bij toerbeurt te creëren teneinde de goede werking van de interne markt te garanderen en de verkrijgers te beschermen waar het betreft 'de informatie over de wezenlijke bestanddelen van de overeenkomst, de wijze waarop deze informatie wordt medegedeeld en de procedure en wijze van verbreking en terugtrekking'.⁶² Nog minder valt in te zien waarom de tweede koper niet de dwingendrechtelijke⁶³ taalbescherming verdient die

De opvatting van Croes is te vinden in: *Privaatrecht vastgoed*, Koop, 2003, p. 25, gepubliceerd op: <<http://vm-marketingapp.digital-spirit.de/wcm/resources/file/eb4f800921006ac/Privaatrecht%20vastgoed%20koopnieuw.pdf>>.

59 COM (92)220 van 13 mei 1992.

60 De wetgever gaat zonder meer uit van toepasselijkheid van deze bepalingen, zie wetsvoorstel 24 449, nr. 6, p. 6.

61 Zie wetsvoorstel 24 449, nr. 6, p. 6.

62 Zie tweede considerans van de richtlijn.

63 Zie art. 7:48g BW.

art. 7:48b lid 3 BW biedt.⁶⁴ Het enige geval dat probleemloos aan de regeling kan worden onttrokken, is de teruggave van het recht aan de verkoper. De Europese Commissie wil echter ook de koper die zelf het initiatief heeft genomen voor het aangaan van de timeshare-overeenkomst uitsluiten van de richtlijnbescherming.⁶⁵ Reeds op praktische gronden is dit geen goed idee, omdat te verwachten valt dat in menige procedure dit verweer door de verkoper zal worden gevoerd en de feitelijke toedracht lastig zal zijn vast te stellen. Daarnaast dient principieel uitgangspunt te zijn dat iedere koper recht heeft op correcte en volledige voorlichting, op bedenktijd en op communicatie in een taal die hij verstaat. Bovendien dient de regeling in lijn te zijn met die van art. 7:2 BW en 7:26 lid 4 BW, waarin evenmin van bescherming wordt uitgesloten de koper van wie het koopinitiatief is uitgegaan.

De wet veronderstelt dat de timeshare betrekking heeft op een *vast en specifiek aangeduid* onderkomen.⁶⁶ Buiten de regeling valt derhalve de zogeheten travel discount club.⁶⁷ Deelnemers hieraan betalen een – doorgaans stevig – starttarief en krijgen hiervoor toegang tot een bookingservice en korting op vluchten, onderkomens en diensten. Deze contracten behoeven de accommodatie niet te specificeren, omdat ze recht geven op een steeds *wisselend* onderkomen waar ter wereld dit zich ook bevindt en dat voldoet aan bepaalde karakteristieken. Ook dit verschijnsel zal bij de herziening van de richtlijn moeten worden meegenomen, omdat anders de timeshare-regeling reeds bij voorbaat een doodgeboren kindje zal zijn.

Ten slotte valt buiten de regeling een recht van gebruik bij toerbeurt dat door de deelgenoten zelf op de voet van art. 3:168 BW in het leven is geroepen reeds omdat hier geen sprake is van een situatie van verkoop of van een *professionele* verkoper.

64 Art. 2 Gegevensbesluit (Besluit van 25 juni 1997, houdende regels inzake de gegevens die de verkopers van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken ten behoeve van kopers in de koopakte moeten vermelden) bepaalt dat de in art. 7:48b lid 1 BW en art. 7:48f lid 1 onder b BW bedoelde akten naar keuze van de koper zijn gesteld in de taal van de staat waar hij zijn woonplaats heeft dan wel waarvan hij onderdaan is. Ook hier ontbreekt weer de sanctie op overtreding. Onder andere Spanje en Frankrijk verklaren de overeenkomst nietig.

65 Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994, SEC(1999)1795 final, Hoofdstuk III, i.f.

66 Zie met name art. 1 Gegevensbesluit (Besluit van 25 juni 1997, houdende regels inzake de gegevens die de verkopers van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken ten behoeve van kopers in de koopakte moeten vermelden).

67 In deze zin ook: European Commission, Consultation Paper, Review of the Timeshare Directive (94/47/EC), p. 10 te vinden op: <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/consultation_paper010606_en.doc>

5 ANDERE MANCO'S VAN DE WETTELIJKE REGELING

Hiervóór ontmoetten we al een flink aantal zwakten van de Nederlandse regeling. Enerzijds hielden deze verband met de kwalificatie van de timeshare-overeenkomst als koopovereenkomst, anderzijds met de in art. 7:48a BW aangegeven begrenzing van deze overeenkomst en het ontbreken van wezenlijke elementen zoals het leveren van diensten aan timesharegerechtigden. In dit verband memoreer ik de in nr. 2 genoemde effectieve bescherming die art. 16 Ley 42/1998 aan de timesharegerechtigden geeft ingeval van wanprestatie door de onderneming die gehouden is de overeengekomen diensten te verrichten. Niet alleen zou deze regeling overgenomen moeten worden, maar ook zou niet-nakoming gesanctioneerd moeten worden met een boete, omdat een timesharegerechtigde slechts korte tijd kan genieten van zijn recht en niet-nakoming van de overeengekomen diensten tijdens de uitoefening van het recht zijn genot behoorlijk zal verzieken.

Er zijn evenwel nog andere gebreken te noemen. In het geval dat de timesharegerechtigde slechts een *obligatoir* gebruiksrecht heeft, wordt zijn recht bedreigd door uitwinning van de onroerende zaak door schuldeisers van de eigenaar hiervan. Met name zal deze dreiging reëel kunnen worden ingeval de onroerende zaak is gefinancierd door een hypothecaire lening. De timesharegerechtigde kan dan alleen worden beschermd tegen de gevolgen van executie, indien zijn obligatoir recht ook bindend is voor de rechtsopvolgers onder bijzondere titel van de eigenaar. Dit zou effectief kunnen geschieden door het timesharerecht te steken in het gewaad van een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW, maar het is onwaarschijnlijk dat de eigenaar hieraan zal medewerken. In dat geval kan de timesharegerechtigde uitsluitend nog bescherming ontleen aan art. 7:226 BW (koop breekt geen huur), maar hiertoe is, zoals uiteengezet, nodig dat de timeshare-overeenkomst hetzij wordt gekwalificeerd als een huurovereenkomst, hetzij als een overeenkomst sui generis, maar waarop ex art. 6:215 BW de bepalingen van titel 4 van boek 7 BW worden toegepast. Het minste wat gedaan zou kunnen worden, is wettelijk voorschrijven dat de eigenaar /verkoper op straffe van vernietiging c.q. ontbinding van de overeenkomst verplicht is aan de koper mede te delen of het timesharecomplex hypothecair is gefinancierd. Merkwaardigerwijze echter omvat de informatieplicht van het Besluit van 25 juni 1997, houdende regels inzake de gegevens die de verkopers van rechten van gebruik bij toerbeurt van onroerende zaken ten behoeve van kopers in de koopakte moeten vermelden (Gegevensbesluit rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken) dit element niet.

Omdat bij een obligatoire constructie van een recht op levering geen sprake is, kan de timesharegerechtigde wiens recht het eerst is ontstaan, zich niet op art. 3:298 BW beroepen teneinde zich te beschermen tegen de claim van een latere timesharegerechtigde voor hetzelfde onderkomen in dezelfde periode. Ook hier zou de oplossing zijn art. 7:3 BW toe te passen op de timeshare-overeenkomst, maar vermoedelijk zal de rechter niet bereid zijn deze bepaling

toe te passen, omdat geen sprake is van koop van een registergoed en de aard van de materie – inschrijving in een openbaar register – dwingt tot een restrictieve toepassing van het wetsvoorschrift. Iedere extensieve toepassing ervan levert wrijving op met art. 3:17 lid 2 BW. Mocht mijn vermoeden juist zijn, dan zou ook voor de timeshare-overeenkomst een bepaling als art. 7:3 BW moeten worden geïntroduceerd dan wel art. 3:298 BW van toepassing moeten worden verklaard.

Verder staat de timesharegerechtigde bloot aan risico's die inherent zijn aan de verwerving van een timeshare in een gebouw in aanbouw. De Spaanse wet bevat hiertoe een zeer uitgewerkte regeling, die de eigenaar verplicht hetzij tot het afgeven van een bankgarantie⁶⁸ hetzij tot het afsluiten van een verzekering die het risico van terugbetaling van de koopprijs dekt, mocht het gebouw niet (tijdig) zijn voltooid. Daarnaast bestaat voor de eigenaar de verplichting een verzekering af te sluiten, die het risico van schade aan gebouw dekt tot aan het tijdstip van de overdracht aan de gebruiker bij toerbeurt alsmede het risico van wettelijke aansprakelijkheid van de verkrijger voor schade aan de onroerende zaak en de hiertoe behorende voorzieningen tengevolge van het gebruik hiervan.⁶⁹ Noch de richtlijn, noch de Spaanse wet bevat echter een regeling, die waarborgt dat de verkoper over voldoende middelen beschikt om te voldoen aan zijn langdurige verplichting jegens de timesharegerechtigde om de overeengekomen diensten te (doen) verrichten en die strijk en zet al bij voorbaat ten volle door deze zijn betaald. Het beste zou de consument af zijn met een depot van de hiermee gemoeide som bij een trustmaatschappij, bij voorbeeld een bankinstelling. Met het oog op art. 3:84 lid 3 BW zal hiertoe een afzonderlijke wettelijke voorziening dienen te worden getroffen. Ook de creatie van een afgescheiden vermogen bij de eigenaar/verkoper stuit af op rechtspraak van de Hoge Raad.⁷⁰

Restitutie van hetgeen te veel is betaald door een timesharegerechtigde die niet langer in staat is aan zijn verplichtingen jegens de verkoper te voldoen, kan afgedwongen worden op basis van hetzij art. 6:270 BW (gedeeltelijke ontbinding)⁷¹ hetzij art. 7A:1576t BW al dan niet met toepassing van art. 6:215 BW. Beter ware echter, zoals art. 13 lid 2 Ley 42/1998 doet, expliciet te bepalen dat de timesharegerechtigde ingeval van ontbinding of wanneer de overeenkomst op enige andere grond wordt verbroken, recht heeft op restitutie van het deel van de koopprijs dat overeenkomt met de nog niet verbruikte duur van het gebruiksrecht.

68 Art. 4 lid 2 Ley 42/1998.

69 Art. 7 Ley 42/1998.

70 HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 m.nt. HJS (Coöperatie Vrijgevestigde Geneeskundigen Beatrixziekenhuis BA/ProCall Factureerdiensten BV).

71 Uiteraard kan niet de tekortschietende koper ontbinden, maar wel kan hij ingeval van ontbinding door de verkoper het verweer voeren dat ontbinding slechts gedeeltelijk mogelijk is.

Met Duitsland is Nederland het enige land dat vooruitbetaling van (een deel van) de koopprijs tijdens de periode waarvoor de bedenktijd van art. 7:48c lid 1 BW geldt zonder sanctie laat, terwijl de verboden vooruitbetaling vanuit oogpunt van consumentenbescherming met het hierna te noemen aspect van de volledige en correcte informatieverstrekking het hart van de regeling raakt! Elders heeft men, terecht, stevigere maatregelen in petto voor de verkoper die deze verplichting schendt. De Spaanse wet voorziet in de nietigverklaring van de overeenkomst en verplicht in art. 11 lid 2 Ley 42/1998 de vervreemder om de verkrijger het tweevoud van hetgeen deze heeft betaald terug te betalen.

Een effectievere sanctie had ook verdiend het – wat art. 5 Europese richtlijn noemt – verbrekingsrecht van art. 7:48c lid 1, *tweede zin*, BW.⁷² Dit recht kan de verkrijger uitoefenen ingeval hem niet alle gegevens van het Gegevensbesluit⁷³ zijn verstrekt. Nu wordt de verkoper die het verstrekken van gegevens drie maanden plus tien dagen weet te rekken, beloond met een overeenkomst die niet meer is aan te tasten op de voet van afdeling 7.1.10A BW. De meest effectieve voorziening in dit opzicht heeft Oostenrijk: de terugtredingstermijn begint niet te lopen zolang gegevens die recht geven op terugtreden, in de overeenkomst ontbreken.

Daarnaast schiet de regeling tekort doordat niet haar verhouding tot het algemeen vermogensrecht wordt geregeld, hetgeen een onuitputtelijke bron voor conflicten is. Elders doet onze wetgever dit beter. Ik noem als voorbeelden art. 6:193 BW (verhouding productaansprakelijkheid en het gemene recht) en art. 7:22 lid 4 BW (verhouding consumentenkoop en het gemene recht). Gelet op het doel van de richtlijn mag worden aangenomen dat art. 7:48c BW een beroep op bij voorbeeld dwaling of bedrog niet afsnijdt. Ook zou de stelling kunnen worden verdedigd dat het achterhouden van informatie die op grond van de wet moet worden verstrekt, misbruik van omstandigheden oplevert, omdat de verkoper de totstandkoming van de overeenkomst bevordert door gebruik te maken van de – welbewust gecreëerde – onwetendheid van de koper. Dit zou een effectievere bescherming bieden dan de dwalingsregeling met haar strenge eisen aan de bescherming van de dwalende.

Regeling had ook verdiend de materie van onderhoud en reparatie. Art. 1 lid 3 Ley 42/1998, bepaalt dat voor *ieder* onderkomen ten minste zeven dagen per jaar moeten worden uitgetrokken voor reparatie, schoonmaak en andere gemeenschappelijke doeleinden. Hierdoor wordt voorkomen dat een willekeurige timeshareholder het slachtoffer wordt van de noodzaak dit soort werkzaamheden te verrichten en wordt het nadeel van het niet in gebruik kunnen geven omgeslagen over alle timesharegerechtigden. Aangenomen mag worden

72 Het in art. 7:48c lid 1, *eerste zin*, genoemd recht, wordt in art. 5 richtlijn aangeduid met: terugtredingsrecht.

73 Besluit van 25 juni 1997, houdende regels inzake de gegevens die de verkopers van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken ten behoeve van kopers in de koopakte moeten vermelden (Gegevensbesluit rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken).

dat art. 7:220 BW (dringende werkzaamheden die aan het gehuurde moeten worden verricht en de gevolgen hiervan) zo nodig door toepassing van art. 6:215 BW ook voor de timeshare-overeenkomst geldt.

Evenmin zou hebben misstaan een wettelijke regeling van: de keuze van de beheerder(s), het recht om vergaderingen bijeen te roepen en bij te wonen, het gewicht en de gevolgen van de besluiten die op zo'n vergadering worden genomen, de bijdragen aan buitengewone lasten, het treffen van sancties ingeval van uitblijven van betaling of van te late betaling. Wat betreft de vergadering zou in verband met de spreiding van de timesharegerechtigden over de aarde voorzien moeten worden in de mogelijkheid dat schriftelijk of via e-mail kan worden gestemd.

Ten slotte verdienen zeker regeling het *recht* van de koper om zijn timeshare over te dragen aan een derde zonder toestemming, medewerking of recht op provisie van de eigenaar/verkoper en de – mate van – gebondenheid aan de koopovereenkomst van de eigenaar, die een derde inschakelt om op eigen naam de timesharerechten te verkopen. Ik memoreer in dit verband art. 16 Ley 42/1998, dat de verplichtingen uit de dienstenovereenkomst in geval van wanprestatie doet overgaan op de eigenaar of de promotor.

6 HET RECHT VAN GEBRUIK BIJ TOERBEURT EN (MEDE)EIGENDOM

Art. 7:48a BW bepaalt dat een timeshare ook de vorm van een zakelijk recht kan hebben. Kan dit zakelijk recht ook een (mede)eigendomsrecht⁷⁴ zijn? In dit verband spelen drie in de literatuur overigens niet goed onderkende kwesties: (a) is timeshare verenigbaar met het concept van eigendom? (b) staat de wet toe dat de verkoper/eigenaar timesharerechten uitgeeft door middel van *eigendomsoverdracht* aan de koper? (c) kunnen de deelgenoten in een mede-eigendom zelf een niet-obligatoire regeling treffen krachtens welke iedere deelgenoot steeds gedurende een bepaalde periode het *exclusief* gebruik van een onroerende zaak heeft?

Een prealabele vraag is hoe de creatie van een timesharerecht zakenrechtelijk moet worden geduid. In de literatuur wordt merkwaardig genoeg deze vraag nergens expliciet besproken. Met een zekere vanzelfsprekendheid wordt het bestaan van *mede-eigendom* aangenomen,⁷⁵ hetgeen doet veronderstellen

74 Andere constructies zoals deelnemings- of lidmaatschapsrechten laat ik buiten beschouwing. Zie voor de verschillende constructies uitvoerig de in noot 12 genoemde proefschriften.

75 R.J.A. Arduin, *Timesharing, Timesharing van onroerend goed vergeleken* (diss. Amsterdam VU 1993), p. 104 e.v., *Goederenrecht* (H.J. Snijders), 2001, nr. 434, W.M. Kleyn, 'Time-sharing als mogelijkheid bij uitgifte van gebouwde projecten' in: *Privaatrechtelijke rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht 1979, p. 37 e.v., *Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW*, Invoeringswet, p. 1291, A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 1982, p. 177 e.v., en dezelfde, 'Verkoop van periode-eigendom (time-

dat de creatie van een timeshare wordt beschouwd als een overdracht van een *onverdeeld* aandeel in de eigendom.⁷⁶ Deze opvatting sluit echter niet logisch uit dat iedere timesharegerechtigde niet een *onverdeeld* aandeel in de eigendom, maar de *volle* eigendom verwerft doch slechts voor de periode en de duur van zijn exclusief gebruiksrecht. Dit betekent dat de eigenaar zijn eigendomsrecht niet alleen *fysiek* kan splitsen op de voet van art. 5:106 BW, maar, zoals volgens het Nederlands-Antilliaanse recht,⁷⁷ ook in tijdseenheden door het creëren van een reeks afzonderlijke eigendomsrechten met dien verstande dat zijn mogelijkheid zijn recht in tijdseenheden te splitsen uiteraard is uitgeput zodra de uitgegeven timeshares tezamen een vol jaar omvatten.⁷⁸ De hamvraag is echter of overdracht van een timeshare in eigendom respectievelijk mede-eigendom überhaupt mogelijk is. Deze vraag komt thans aan de orde. Aandacht verdient evenwel dat de hier opgeworpen prealabele vraag niet onlosmakelijk verbonden is met de eigendoms kwestie, immers ook indien aangenomen zou moeten worden dat timeshare en (mede)eigendom zich niet met elkaar verdragen en het alternatief derhalve een beperkt zakelijk recht is, zal de vraag moeten worden beantwoord of de gerechtigde een onverdeeld aandeel in het beperkte recht of het volledige beperkte recht (bij toerbeurt) verwerft.

Naar luid van art. 5:1 BW is eigendom het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. Dit recht houdt enerzijds in de bevoegdheid rechtshandelingen te verrichten, waarbij met name gedacht moet worden aan vervreemding en bezwaring, anderzijds de bevoegdheid ten aanzien van de onroerende zaak feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten.⁷⁹ Overdracht en vervreemding van een timeshare laten zich nog wel passen in het concept van de eigendom, omdat het nemo plus-beginsel hier waakt voor aantasting van de belangen van de andere timesharegerechtigden, het probleem raakt echter met name het verrichten c.q. dulden van *feitelijke* handelingen.

sharing van onroerend goed) en consumentenbescherming: een vrijwel onontgonnen gebied', *TvC* 1991/5, p. 341.

76 Mijns inziens kunnen de timesharegerechtigden geen verdeling van deze gemeenschap vorderen. Vergelijk de in noot 27 genoemde Argentijnse regeling. In dezelfde zin: R.J.A. Arduin, *Timesharing, Timesharing van onroerend goed vergeleken* (diss. Amsterdam VU 1993), p. 104 e.v. Anders: Parlementaire geschiedenis Boek 3 BW (invoeringswet), p. 1291: 'Voor een bijzondere bepaling die voor periode-eigendom de hoofdregel van artikel 3.7.1.9 lid 1 (thans art. 3:178 BW, JJ) uitsluit, bestaat vooralsnog onvoldoende reden'.

77 Zie hierna nr. 7.

78 Een andere vraag is of de eigenaar zelf, derhalve door een *eenzijdige* rechtshandeling, op een wijze vergelijkbaar met die van art. 5:106 BW reeds op voorhand zijn eigendom kan splitsen hetzij in een reeks onverdeelde aandelen, hetzij in een reeks volle eigendomsrechten bij toerbeurt. Uit art. 5:106 BW volgt dat deze mogelijkheid niet reeds afstuit op art. 3:81 lid 2, sub e (vermenging). Daarnaast rijst de vraag of in het eerste geval ook de eigenaar zelf door een eenzijdige rechtshandeling – zoals de deelgenoten door een meerzijdige rechtshandeling kunnen doen op de voet van art. 3:168 BW – een regiem kan vestigen voor een gebruiksrecht bij toerbeurt.

79 Vergelijk Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten (2002) nrs. 30-43.

Het staat de timesharegerechtigde immers niet vrij feitelijke handelingen te verrichten of toe te laten die strijdig zijn met de belangen van de andere timesharegerechtigden. Zo mag de timesharegerechtigde geen veranderingen aanbrengen aan het inwendige, dat wil zeggen aan de inrichting en in de structuur van de accommodatie of aan het huisraad. Evenmin staat het hem vrij derden toe te staan bij voorbeeld vernielingen aan de accommodatie aan te richten of hen feitelijk in staat te stellen gebruik te maken van de accommodatie buiten de periode die exclusief voor hem is gereserveerd. Deze beletselen houden alle verband met de vaststelling dat de eigendom van de timesharegerechtigde *in de tijd begrensd* is. Rechten die tijdens de duur waarvoor ze zijn uitgegeven in de tijd begrensd zijn, interfereren per definitie tijdens die duur met soortgelijke rechten die anderen ten aanzien van dezelfde zaak hebben. Het antwoord op vraag (a) is mitsdien dat eigendom en timeshare niet goed verenigbaar zijn.

Vraag (b) raakt een tweede beletsel voor de eigendom bij timeshare. Omdat uitgifte in timeshare in de praktijk altijd als een *tijdelijke* overdracht is bedoeld, rijzen in dit verband twee bezwaren.⁸⁰ Het eerste is art. 3:85 BW,⁸¹ dat tijdelijke eigendom verbiedt en het recht van rechtswege omzet in een recht van vruchtgebruik hetzij voor de verkrijger wanneer diens recht tijdelijk is (lid 1), hetzij voor de vervreemder ingeval diens recht tijdelijk is (lid 2). In het Verslag⁸² wordt de vraag opgeworpen of art. 7.1.10A.1 – thans art. 7:48a BW – afwijkt van art. 3:85 BW. Terecht antwoordt de minister⁸³ dat hiervan geen sprake is, omdat art. 7.1.10A.1 slechts ‘een omschrijving van obligatoire (koop)overeenkomsten betreffende een specifieke, aldaar omschreven categorie vermogensrechten’ bevat en dat de weergegeven onderdelen van die omschrijving niet zien op het karakter van de overdracht (onder tijdsbepaling) van zodanige vermogensrechten, maar op de duur van de koopovereenkomsten betreffende zo’n vermogensrecht. Dodelijk is echter hetgeen daarvoor in de Nota n.a.v. het verslag wordt opgemerkt:

80 Heeft de overdracht bij uitzondering een permanent karakter, dan geldt het hiervóór genoemde bezwaar van strijdigheid van timeshare met het concept van eigendom.

81 Zie uitvoerig over deze bepaling: W.J. Zwalve, *Simplex et perpetuum: beschouwingen over eigendom en tijd*, Meijersreeks MI 108, Den Haag: Boom 2006, meer in het bijzonder p. 273 e.v. Centraal thema in dit sterk rechtshistorisch en rechtsvergelijking boek is de vraag of eigendom als een niet aan tijd gebonden, derhalve eeuwig recht dient te worden beschouwd. Aan het verschijnsel timeshare wordt evenwel geen aandacht besteed, hoewel dit (volgens velen: eigendoms)recht in de tijd dubbel beperkt is: én voor de duur waarvoor het is uitgegeven én tijdens de uitoefening. Zijn stelling, t.a.p. p. 242, dat aan een tijdgebonden eigendom bij onroerende zaken geen behoefte bestaat, vindt weerlegging in het fenomeen timeshare en zij is ook niet te rijmen met zijn opvatting, t.a.p. p. 284, dat het fiduciaverbod heilloos is, immers blijktens zijn stelling, t.a.p. p. 310, dat het fiduciaverbod voortbouwt op art. 3:85 BW ziet hij fiduciaire overdrachten als *tijdelijke* overdrachten.

82 Wetsvoorstel 24 449, nr. 5, p. 1.

83 Wetsvoorstel 24 449, nr. 6, p. 1-2.

‘De uit genoemde bepalingen voortvloeiende uitsluiting van overdracht onder ontbindende termijn zou voor de koop van een recht van gebruik in deeltijd van onroerende zaken uit de aard der zaak slechts betekenis kunnen hebben, ingeval de overeenkomst strekt tot overdracht van een (zakelijk) recht en de overdracht zelf van dat recht onder ontbindende termijn geschiedt. (...) Ook zonder zodanige voorziening immers zou de regel van artikel 85 lid 1 van Boek 3 in de geschetste situatie omverkort van toepassing zijn.’

Nu uit art. 7:48a BW voortvloeit dat het recht van de timesharegerechtigde per definitie tijdelijk van aard is, hetgeen, zoals we hiervoor zagen, juist een karakteristiek is van timeshare, houdt dit in dat de vestiging van zo’n recht in de vorm van een eigendomsoverdracht afstuit op art. 3:85 BW.⁸⁴

Zelfs indien men van oordeel zou zijn, dat aan art. 3:85 BW geen bezwaar tegen een eigendomconcept van timeshare viel te ontleen, dan vormt art. 3:84 lid 3 BW een niet te nemen barrière, omdat ingevolge deze bepaling onder andere geen geldige titel van overdracht kan zijn ‘een rechtshandeling die de strekking mist het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen’. Dit verbod omvat ieder geval waarin op voorhand vaststaat dat de verkrijging van een goed slechts een tijdelijke affaire is. Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten zijn dan ook terecht van mening dat timesharing valt onder het verbod van overdracht onder ontbindende tijdsbepaling.⁸⁵ Omdat een timeshare naar de bedoeling van partijen in de praktijk steeds slechts voor een *beperkte* duur wordt gevestigd, resteert slechts als alternatief een beperkt zakelijk recht.

Fundamenteel anders is de situatie bij vraag (c): kunnen de *deelgenoten zelf* bepalen dat ieders recht is beperkt tot een bepaalde tijdseenheid gedurende welke hij met uitsluiting van iedere andere deelgenoot het exclusieve gebruiksrecht van de onroerende zaak heeft. Niet de verkoper/eigenaar creëert timeshares, maar de deelgenoten zelf. Dit geval raakt de vraag van de grenzen die aan een *regeling van de gemeenschap* kunnen worden gesteld. Voorzover dit exclusieve recht bij toerbeurt berust op een daartoe door de deelgenoten gesloten *obligatoire* overeenkomst, bestaat hiertegen uiteraard geen bezwaar. Rechtsopvolgers onder bijzondere titel van de timesharegerechtigden zijn aan zo’n overeenkomst te binden via een kettingbeding en waarschijnlijk ook door middel van een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW. De verplichting om te dulden of niet-doen, die op alle andere deelgenoten als rechthebbenden van (hun onverdeeld aandeel in) het registergoed drukt, zou dan inhouden de verplichting om het *exclusief* gebruiksrecht van één hunner

84 De schakelbepaling art. 3:98 BW leidt bij art. 3:85 BW tot absurde gevolgen, omdat hierdoor ook ieder beperkt recht van rechtswege wordt omgezet in een recht van vruchtgebruik van dat beperkte recht, immers voor ieder beperkt recht is karakteristiek dat het slechts voor een beperkte duur wordt gevestigd m.u.v. de eeuwigdurende erfpacht. Maar dit recht roept weer problemen op met de verhouding tot het moederrecht, de (bloot) eigendom!

85 Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten (2002), nr. 20 i.f.

in de desbetreffende periode te dulden. Een derde mogelijkheid zou zijn gelegen in art. 3:168 lid 1 BW, dat bepaalt dat de deelgenoten het genot, gebruik en het beheer van gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst kunnen regelen. Lid 4 bepaalt dat zo'n regeling ook bindend is voor de rechtverkrijgenden van een deelgenoot.

Niet valt in te zien waarom deelgenoten bij een regeling op de voet van art. 3:168 BW niet ieders gebruiksrecht in de tijd zouden kunnen beperken. Uit geen enkele bepaling van de titel Gemeenschap blijkt dat dwingendrechtelijk het *genot* slechts een *gezamenlijke* affaire kan zijn. Integendeel, uit art. 3:170 lid 3 BW blijkt dat dit uitsluitend geldt voor beschikkingshandelingen. Het *eigendomsrecht* is en blijft derhalve gemeenschappelijk, het *gebruiksrecht* van iedere deelgenoot is echter exclusief en in de tijd begrensd. Voor deze conclusie bestaat des te meer rechtvaardiging, omdat elders de wet zelf uitgaat van een beperking van de bevoegdheid van een deelgenoot die veel verder gaat dan de hier bedoelde. Zo is in een huwelijksgemeenschap de echtgenoot van wiens zijde een bepaald goed niet in de gemeenschap is gevallen weliswaar mederechthebbende hiervan, maar heeft hij geen enkele zeggenschap over dit goed, noch waar het betreft de bevoegdheid tot vervreemden en bezwaren, noch waar het betreft het verrichten en toelaten van feitelijke handelingen ten aanzien van dit goed, zie de art. 1:97 jo. 1:90 BW. Een veel minder vergaande beperking zoals die van een exclusief en in de tijd begrensd gebruiksrecht, moet dan zeker mogelijk zijn. De tegenwerping dat het bij de huwelijksgemeenschap gaat om een van het normaaltype afwijkende uitzondering, waarvoor een expliciete wettelijke regeling nodig was, snijdt geen hout, omdat art. 3:168 BW voldoende wettelijke basis biedt voor een regeling van eigendom bij toerbeurt.

Ik memoreer dat art. 1 lid 4 Ley 42/1998 het gebruik verbiedt van de begrippen: eigendom, mede-eigendom en onverdeeld aandeel in de eigendom, zelfs in reclamemateriaal.

De conclusie is dat overdracht van timeshare in ongedeelde eigendom bij toerbeurt niet mogelijk is want strijdig met het concept van eigendom, ongeacht of de overdracht tijdelijk of permanent is. Overdracht van timeshare in mede-eigendom is slechts mogelijk indien de overdracht naar de bedoeling van partijen niet tijdelijk is, maar dit geval doet zich in de praktijk niet voor. Een en ander heeft tot gevolg dat timeshare slechts in de vorm van een beperkt recht kan worden gevestigd. Dit beperkt recht kan hetzij een onverdeeld aandeel in een gemeenschap vormen, hetzij een reeks beperkte rechten bij toerbeurt. Wel mogelijk is dat de mede-eigenaren zelf op de voet van art. 3:168 BW een timeshareregime creëren.

7 DE REGELING VAN HET RECHT VAN GEBRUIK BIJ TOERBEURT IN DE NEDERLANDSE ANTILLEN

De Nederlandse Antillen hebben in 2005 het Burgerlijk Wetboek gewijzigd⁸⁶ en hebben voor een belangrijk deel de Nederlandse afdeling 7.1.10A overgenomen. Zakenrechtelijk zijn ze evenwel hun eigen weg gegaan.

De desbetreffende artikelen van Boek 7 BWNA komen tekstueel voor een belangrijk deel overeen met de corresponderende bepalingen van afdeling 7.1.10A BW. Ook de nummering is identiek. De opvallendste verschillen zijn:

- a) Het ontbreken van art. 7:48a lid 4 BW (richtlijndefinitie) en 7:48g lid 2 BW (richtlijnbescherming).
- b) Art. 7:48f BW (informatieplicht⁸⁷ jegens de koper) is niet overgenomen.
- c) Geen verbod van vooruitbetaling van de koopprijs tijdens de bedenktijd van art. 7:48c lid 1 BWNA. De verkoper behoeft slechts zekerheid te stellen voor de terugbetaling (art. 7:48d BWNA).
- d) In geval van ontbinding op de voet van art. 7:48c lid 1 BWNA is de koper maximaal 3% van de koopprijs als vergoeding verschuldigd, art. 7:48c lid 3 BWNA.
- e) Kortere termijnen. Zo heeft de koper maar vijf dagen bedenktijd, welke termijn slechts met ten hoogste één maand wordt verlengd ingeval van ontbreken van gegevens die de verkoper op de voet van art. 7:48b BWNA aan de koper moet verschaffen, art. 7:48c lid 1 BWNA.
- f) Geen taalbescherming (art. 7:48b lid 3 BW).

Een ander opvallend verschil is dat de wetgever van de Nederlandse Antillen de timeshare ook zakenrechtelijk heeft geregeld. Dit is gebeurd door aan art. 5:106 BWNA – overeenkomend met art. 5:106 BW – toe te voegen: ‘en deeltijd-appartementsrechten’ waardoor ook splitsing van het recht van eigendom, erfpacht en opstal in appartementsrechten bij toerbeurt mogelijk is.

Onduidelijk is of bij deze opzet een *ongesplitst* eigendomsrecht⁸⁸ zich leent voor overdracht bij toerbeurt, met andere woorden kan zonder de tussenschakel van een splitsing in appartementsrechten de eigendom in tijdseenheden worden opgedeeld? De wettelijke aanwijzingen voor deze mogelijkheid zijn tegenstrijdig. Enerzijds volgt uit art. 5:106 BWNA, dat het eigendomsrecht zich niet hiertegen verzet, immers als eigendom wel via splitsing in appartementsrechten zich leent voor een zakenrechtelijk gebruik bij toerbeurt, dan zou hetzelfde moeten gelden voor ongesplitste eigendom. Tégen deze opvatting

86 Publicatieblad A° 2005 n° 58, Landsverordening van de 27^{ste} april 2005 tot wijziging van de Boeken 5 en 7 van het Burgerlijk Wetboek (Landsverordening regeling gebruik in deeltijd van onroerende zaken en aanpassing appartementsrecht).

87 Wel te onderscheiden van de informatieverplichting van art. 7:48c lid 1 BWNA.

88 M.m. geldt hetzelfde voor een recht van erfpacht of opstal, zie art. 5:106 BWNA.

pleit evenwel dat de Nederlands-Antilliaanse wetgever het nodig heeft gevonden art. 5:106 BWNA te wijzigen hetgeen er op duidt, dat de wetgever kennelijk van oordeel was dat met het bestaande vermogensrechtelijke arsenaal het realiseren van een zakelijk recht van timeshare niet goed mogelijk was. Ook het feit dat de Nederlandse Antillen art. 5:1 BW zonder enige restrictie hebben overgenomen, versterkt deze conclusie, omdat, zoals uiteengezet in nr. 6, timeshare zich niet goed verdraagt met het concept van eigendom. In ieder geval zijn *geen* beletsels voor een overdracht de titelbeperkingen van art. 3:84 lid 3 BW, omdat in het BWNA art. 3:84 lid 3 BW niet is overgenomen, waardoor de *tijdelijke* eigendomsoverdracht bij toerbeurt in ieder geval niet op *deze*⁸⁹ grond ongeldig is. Anderzijds hebben de Nederlandse Antillen weer wel art. 3:85 BW overgenomen, welke bepaling, zoals gezegd, tijdelijke eigendom onmogelijk maakt en *van rechtswege(!)* converteert in een recht van vruchtgebruik. Kennelijk heeft de Nederlands-Antilliaanse wetgever zich de samenhang van deze bepaling en art. 3:84 lid 3 BW niet gerealiseerd.

De conclusie is dat uitgifte van een timesharerecht in (mede)eigendom een onzekere aangelegenheid is ongeacht of partijen een tijdelijke of permanente overdracht beogen.

8 EPILOOG

In deze bijdrage is de Nederlandse timeshareregeling doorgelicht mede vanuit verschillende internationaal-rechtelijke perspectieven: de Europese richtlijn en de evaluatie hiervan, het Spaanse en het Nederlands-Antilliaanse recht met uitstapjes naar andere buitenlandse rechtsstelsels alsmede vanuit het perspectief van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba.

De bevindingen zijn ontnuchterend: de wettelijke definitie van timeshare is hoogst gebrekkig, zijn typering als koopovereenkomst is een miskennis van zijn aard voorzover het betreft het *persoonlijk* recht van gebruik bij toerbeurt, effectieve sancties ontbreken, de wet regelt meer niet dan wel en wat wél is geregeld, roept zoveel twijfel en vragen op dat dit product van wetgeving bezwaarlijk kan worden beschouwd als een bijdrage aan de nagestreefde ontlasting van de rechterlijke macht. Voorts maakt de huidige wettelijke regeling aan het immoreel handelen van verkopers van timeshares, dat juist aanleiding was voor ingrijpen van de wetgever, geen einde, omdat zij op kinderachtig eenvoudige wijze is te ontduiken, hierdoor aan de rechter de taak endosserend de problemen op te lossen en, last but not least, heeft de wetgever verzuimd de zakenrechtelijke variant van het gebruiksrecht bij toerbeurt te regelen. Tenzij het recht op de voet van art. 3:168 BW door de

⁸⁹ Sc. de rechtshandeling die de strekking mist het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen.

mede-eigenaren zelf in het leven is geroepen, kan het zakelijk recht van gebruik bij toerbeurt slechts een beperkt recht zijn, omdat een timeshare naar de bedoeling van partijen in de praktijk altijd voor een *beperkte* duur wordt gevestigd en in dat geval de art. 3:84 lid 3 en 3:85 BW evenals het concept van eigendom onoverkomelijke obstakels zijn voor (mede)eigendom.

Indien de voortekenen echter niet bedriegen, krijgt de wetgever een herkansing in het kader van de evaluatie van richtlijn 94/47/EG door de Europese Commissie. Hij zou er dan verstandig aan doen zich meer internationaal te oriënteren en een solide en bij voorkeur alles omvattende regeling van timeshare te treffen. Hierbij gaat de voorkeur uit naar een ruime definitie van timeshare zonder ondergrens aan de duur waarvoor het recht in het leven wordt geroepen, zonder minimum verblijfsduur en ook zonder koppeling aan een *vast* en *specifiek aangeduid* onderkomen. Voor de zakenrechtelijke variant dient een recht van vruchtgebruik bij toerbeurt te worden gecreëerd. Het appartementsrecht schiet als fundament tekort omdat niet iedere onroerende zaak beantwoordt aan art. 5:106 lid 4 BW. Voor een recht van gebruik bij toerbeurt dat door de deelgenoten zelf is gecreëerd, worde bepaald dat art. 3:178 BW niet van toepassing is.