

Islamitisch Financier

Halal Hypotheek “De stand van zaken”

Amsterdam, 29 mei 2008

Mr. drs. Marjorie J. Sinke * **

1 Inleiding

Bijna 1 jaar geleden kwam ik in mijn afstudeerscriptie^{1,2} tot de conclusie, dat er Islamitische financieringsconstructies zijn, die gebruikt kunnen worden om de “Sharia compliant” (“Halal”) hypotheek ook in Nederland te introduceren. Uit verschillende onderzoeken blijkt, dat er onder de Nederlandse moslim bevolking belangstelling bestaat voor deze vorm van financieren.³ Introductie van een dergelijke Islamitische hypotheek zal het huizenbezit onder de moslim bevolking vergroten. Hiermee wordt de integratie bevorderd. Reden genoeg om tot introductie van de Halal hypotheek over te gaan. Waarom is er dan nog steeds geen Halal hypotheek op de Nederlandse markt?

In dit artikel zal eerst kort worden aangegeven wat Islamitisch financieren nu precies inhoudt. Voor zover relevant, wordt ook enige aandacht aan het Islamitische contractenrecht besteed. Vervolgens worden twee van de in het algemeen voor de financiering van de eigen woning meest gebruikte Islamitische financieringsproducten besproken. In Engeland en (in mindere mate) de V.S. wordt de Halal hypotheek al sinds de jaren '90 aangeboden^{4,5}. Dan zal worden gekeken welk van deze Islamitische financieringsproducten het meest geschikt is/zijn om in Nederland te worden gebruikt. Hierbij zullen de mogelijke juridische en fiscale obstakels worden besproken.

2 Islamitisch financieren

2.1 Wat is Islamitisch financieren?

Islamitisch financieren is een financieringsmethode waarbij (een scala van) financieringsdiensten in overeenstemming met de religieuze wetten van de Islam wordt aangeboden. Islam is niet alleen een religie of filosofie, maar ook, of juist ook, een ethisch systeem, dat het hele leven van de moslim bestrijkt. Het gidst hem in al zijn activiteiten, waaronder zijn commerciële- en handelsactiviteiten. Islam betekent vooral submissie en gehoorzaamheid. In religieuze zin houdt het submissie aan de wil van God en gehoorzaamheid aan zijn wetten in. Het renteverbod, de ethische kern van Islamitisch bankieren, komt voort uit deze wetten.

Dit Islamitische recht is te vinden in de *Sharia* (Goddelijk recht, letterlijk “de weg”, “het juiste pad”) en wordt verder uitgewerkt in de *Fiqh* (menselijk begrip van dat recht, jurisprudentie dus). De hoofdbron van de Sharia is de Koran. Deze bevat openbaringen van de Profeet, afkomstig van God. Naast de Koran is er nog de Sunna. Deze bevat handelingen en uitspraken van de Profeet. Deze verslagen van het leven en het handelen van de Profeet zijn in kleine verhaaltjes (*Hadith* (enkelvoud), *Ahadith* (meervoud)) vevat. De *Fiqh al Mu'amalat* (het Islamitisch handelsrecht) bevat de (ethische) regels van contractenrecht, die moeten worden toegepast in alle Islamitische financieringsconstructies en handelstransacties. Omdat commerciële activiteiten worden beschouwd als deel uitmakend van het (religieuze) leven van de moslim, moeten zij dus te allen tijde in overeenstemming met Gods wil en de morele gedragscode van de Islam, de Sharia, worden uitgevoerd.

¹ Islamic Banking and Finance, the Islamic Mortgage, 2007; uitgegeven door Celsus boeken onder de titel: “de Halal Hypotheek”, www.celsusboeken.nl

² En in een naar aanleiding daarvan geschreven artikel in het Financieele Dagblad, Het Financieele Dagblad van 3 mei 2007, Eigen huis Moslims goed voor integratie.

³ Volgens onderzoek van de Rabobank uit 2006 genaamd: “dichtbij: Halal Hypotheek in Aantocht”; zie ook Henk Schutten in het Parool van 13 september 2006.

⁴ Islamic banking and finance, new perspectives on profit-sharing and risks, edited by Munawar Iqbal, David T. Llewellyn, Edgar Elgar Publishing Limited 2002.

⁵ Leach, Keith (1997) Britain's First Islamic Mortgage, New Horizon 63, May 3-4.

2.2 Op Islamitisch financieren toepasselijke regels van contractenrecht

Algemene regels van Islamitisch contractenrecht

Er ligt een sterke ethische fundering onder Islamitisch financiering. Partijen dienen zich eerlijk, rechtvaardig en ethisch te gedragen⁶. Het is belangrijk dat er evenwicht bestaat in de rechten die partijen ten opzichte van elkaar hebben, zo zal de ene partij de andere niet mogen exploiteren of de andere partij in een financieel nadeliger positie brengen. Het op financieringstransacties gerichte, meer specifieke renteverbod (zie hieronder), vindt zijn oorsprong in deze algemene beginselen van rechtvaardigheid en gelijkheid.

De voor de Islamitische financieringspraktijk specifieke regels uit het Islamitisch contractenrecht zijn ondermeer in de volgende paragrafen weergegeven.

2.2.1 *Het Riba (rente) verbod*

Dit verbod vormt misschien wel het meest fundamentele, maar in ieder geval het meest onderscheidende kenmerk van Islamitisch financieren. Islamitisch recht ziet het lenen van geld niet als een legitieme winstgevendende activiteit en verbiedt iedere vorm van het behalen van rendement op schulden. Geld heeft onder het Islamitisch recht geen intrinsieke waarde. Geld wordt slechts gezien als ruilmiddel. Als geld wordt uitgezet in de tijd mag alleen het uitgezette bedrag worden teruggevorderd, of dat nu volgende week of volgend jaar is. Niet meer, niet minder. (Betaling en ontvangst van) rente is dan ook verboden. Onder dit rente verbod valt ieder surplus, maar ook iedere korting⁷ op een contractuele verplichting. Iedere van te voren vastgestelde betaling over en boven de hoofdsom is verboden.

Rendement op door de financier ter beschikking gestelde gelden, kan dan ook alleen maar (Sharia) rechtsgeldig worden behaald, als dit door de financier wordt “verdiend”. Hij kan dit rendement rechtsgeldig “verdienen” door winst te maken⁸. Voorwaarde voor de rechtsgeldigheid hiervan is dat de financier een commercieel risico loopt. Dit doet hij door te participeren in de onderneming waarvoor het geld wordt geleend. Hij deelt dan in de winsten, maar ook in verliezen. De geldlener is dus verplicht verbonden aan de reële onderliggende activa cq. onderliggende transactie, waardoor elke vorm van Islamitisch financieren steeds “asset backed” is.

Als een bank geld uitleent, deelt de bank indien er sprake is van islamitisch financieren in de risico's en opbrengsten die door de geldnemer worden behaald. Het inkomen van de bank is dan ook afhankelijk van het financiële succes van de klant en niet alleen – zoals in het conventionele (Westerse) banksysteem het geval is - van de ontvangst van, van te voren vastgesteld inkomen, dat aan de hand van marktconforme rentetarieven wordt berekend. Inkomsten uit geïnvesteerd kapitaal moeten dus worden verdiend en niet van te voren worden vastgesteld. Geld wordt dus eerder gezien al potentieel kapitaal en pas als kapitaal, als het daadwerkelijk wordt geïnvesteerd in een onderliggend project. De, als uitvloeisel van het renteverbod, verplichte participatie door de financier in de te financieren onderneming en het renteverbod komen neer op de vraag: “is er sprake van gelegitimeerde inkomsten of verboden rente?” Dit zal steeds van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

2.2.2 *Het Maysir (speculeren, gokken) en het Gharar (onzekerheid) verbod*

Contracten die speculatie (*Maysir*) en (vermijdbare) onzekerheden of omissies (*Gharar*) bevatten, zijn nietig. Het gaat hierbij om speculatie, die kan worden gelijkgesteld aan gokken (*Maysir*). De vraag die steeds moet worden gesteld is of iets door toeval of door inspanning is verkregen. Gewone commerciële speculatie, waarvan in de meeste commerciële transacties sprake is, is namelijk niet verboden. Steeds moet bij het bepalen van de grens tussen verboden en toegestane speculatie worden gekeken naar het commerciële gehalte van de transactie. Sharia recht vereist absolute

⁶ Bijvoorbeeld Koran Soera (Vers) 16 (90): “God beveelt Rechtvaardigheid en billijkheid.”

⁷ In het conventionele systeem kan soms een korting in het geval van vroegtijdige terugbetaling worden afgesproken.

⁸ Zie bijvoorbeeld Koran, Soera 2 (275) “... God heeft (koop) handel toegestaan maar riba verboden ...”

duidelijkheid ten aanzien van alle fundamentele contractsbepalingen (onderwerp, prijs etc.). Dit verbod van Gharar is vergelijkbaar met onze consumentbeschermende bepalingen. Zo zijn op grond van deze verbodsbepalingen conventionele speculatie, conventionele verzekeringen, short selling en derivaten verboden, want niet Sharia compliant.

2.2.3 Ongerechtvaardigde verrijking

Ook verrijking van de ene partij, die een te grote invloed of dwang op de andere partij uitoefent, is verboden. Een crediteur mag bijvoorbeeld geen financieel voordeel halen door de niet-presterende debiteur te beboeten. Een boete mag wel worden opgelegd, maar moet dan worden betaald aan een charitatief doel. De crediteur mag er in ieder geval niet beter van worden. Het ethische aspect staat voorop. Je draagt niet bij aan het financieel onvermogen van de debiteur door hem tot een nog grotere betaling te verplichten, ook al zou je daardoor zelf schade leiden. Vergelijk onze ongerechtvaardigde verrijking⁹, waar diegene die ten koste van een ander verrijkt is, juist verplicht is, voor zover redelijk althans, de schade te vergoeden tot het bedrag van de verrijking. De verrijking moet wel ongerechtvaardigd zijn, dat wil zeggen zonder dat daar een redelijke grond voor aanwezig is.

2.2.4 Verbod op investeringen in haram goederen

Investeringen mogen alleen plaatsvinden in goederen die door de Sharia niet verboden zijn. Zo mag bijvoorbeeld niet worden geïnvesteerd in bedrijven die conventionele verzekeringen aanbieden, banken die hoofdzakelijk conventionele financiering aanbieden, producenten en distributeurs van varkensvlees en alcohol en bedrijven die substantiële inkomsten uit deze producten verwerven zoals bijvoorbeeld supermarkten, restaurants en casino's. Onder dit verbod zouden zelfs vliegtuigmaatschappijen en hotels kunnen vallen als zij substantiële inkomsten verkrijgen uit bijvoorbeeld de verkoop van alcohol en varkensvlees. Hetzelfde geldt ook voor bedrijven met teveel schulden (ratio schuld/eigen vermogen van meer dan 33%) of met rente inkomsten die meer dan 5% uitmaken van de totale inkomsten.¹⁰

2.2.5 Sharia Raad

Verder is het nog belangrijk om te weten dat iedere financiële instelling die Islamitische financieringsproducten aanbiedt, een Sharia Raad moet hebben, die er ondermeer voor waakt dat de Islamitische financiële dienstverlening volgens de bepalingen van de Koran en Sunna wordt uitgevoerd. Deze Raad is actief betrokken bij de productontwikkeling en ziet er ook op toe dat de Sharia beginselen in het bedrijfsproces worden nageleefd. De Raad bestaat uit Sharia geleerden en geeft haar goedkeuring in een zogenaamde Fatwa. Deze Fatwa beschrijft gemotiveerd welke Sharia beginselen ten grondslag liggen aan de beslissing. Omdat een Fatwa concurrentie gevoelige informatie kan bevatten, maken instellingen deze liever niet openbaar. Het Bestuur van de betreffende financiële instelling dient op haar beurt periodiek aan de Sharia Raad te rapporteren en te verklaren dat de investeringen en activiteiten conform de besluiten van de Sharia Raad worden uitgevoerd.

2.3 Islamitische financieringstechnieken

Er is een aantal financieringstechnieken ontwikkeld dat aan de hiervoor genoemde principes voldoet. Deze technieken hebben gemeen, dat er steeds:

- a) reële activa zijn; en
- b) de financier enig commercieel risico in het onderliggende project aanvaardt.

Murabaha (kosten plus) financiering, *Ijara* (huurkoop/lease) en *Musharaka* (*Mutanaqisa*) ((verdwijnend) partnerschapcontract) worden in Engeland en in de VS als instrumenten voor de financiering van de eigen woning gebruikt. In dit artikel zullen alleen de *Murabaha* en *Ijara* financieringstechnieken worden besproken, nu kan worden aangenomen dat zij voor

⁹ Burgerlijk Wetboek Boek 6, Titel 4, afdeling, 3 art 6:212

¹⁰ Zie de Industry (Sin) Screen en Financial Screens van de Dow Jones Islamic Index

woningfinanciering in Nederland gebruikt zullen kunnen worden zonder dat daarvoor (ingrijpende) wetswijzigingen nodig zijn. Op de Musharaka (Mutanaqisa) zal in een apart artikel worden ingegaan.

3 Murabaha (Koop met opslag (Kosten Plus))

3.1 Inleiding

In deze financieringsvorm geeft de koper/klant aan de bank aan, een bepaald object, bijvoorbeeld een huis of een auto te willen kopen en verklaart in een eenzijdige belofte (*Wa'd*)¹¹, dit object van de bank te zullen kopen. De eigenaar/verkoper van zeg het huis, draagt dit huis in eigendom over en levert het aan de bank. De bank draagt dit vervolgens in eigendom over en levert dit door aan de koper/klant. De prijs waartegen de bank doorverkoopt, is de door de bank betaalde koopsom vermeerderd met een met de koper/klant overeengekomen opslag (hierna: de kosten-plus-prijs). De bank kan zich de eigendom van het pand voorbehouden, totdat alle termijnen door de koper/klant zijn voldaan. De bank zal echter om haar (eigenaar)risico's zoveel mogelijk te beperken, in het algemeen het pand zo snel mogelijk willen doorleveren. Hierbij dient zij rekening te houden met het recht van de koper om de koop te ontbinden (de bedenktijd¹²). Voor de zekerheid van de betaling van de termijnen door de koper, zal de Bank een hypotheekrecht op het pand bedingen.

De Murabaha wordt vooral gebruikt voor kort lopende handelsfinancieringen. In zijn aard is deze financieringsvorm daar ook zeer geschikt voor. Desondanks is de Murabaha het meest gebruikte instrument voor de financiering van woningen, die in het algemeen juist lang lopend is. Hierna zal ik alleen de Murabaha (huis)financiering bespreken.

De kosten-plus-prijs, eenmaal aldus vastgesteld, mag nadien niet meer gewijzigd worden. Door het enkele feit dat de bank eigenaar is (geweest) van het pand - en dit kan van hele korte duur zijn geweest, zelfs zo kort als slechts een paar minuten - , en dus gedurende die periode eigenaar risico heeft gelopen, wordt het rendement dat de bank op de transactie behaald, beschouwd als een gelegitimeerde winst gemaakt in een handelstransactie, in plaats van verboden rente op uitgezet geld. In tegenstelling tot rente zijn handelstransacties (koop en verkoop) volgens de Sharia wel toegestaan.¹³ De "kosten-plus-prijs" kan door de koper als bedrag ineens of in termijnen worden (terug)betaald.

3.2 De opslag

De opslag, die door de bank wordt berekend, bestaat in het algemeen uit de som van:

- a) een vergoeding voor het marktrisico op de goederen (bijvoorbeeld een verandering in de prijs van het pand) dat de bank loopt;
- b) een vergoeding voor het kredietrisico (het risico dat de klant de verplichtingen niet nakomt); en
- c) een bedrag dat gelijk is aan de conventionele kosten (rente) voor het ter beschikking stellen van het geld voor de initiële aankoop; en is soms nog aangevuld met:
- d) verzekeringskosten van het pand.

¹¹ Omdat deze belofte, in een commerciële transactie wordt gedaan, zal deze onder voorwaarden als een rechtens afdwingbare belofte worden beschouwd (Islamic Fiqh Academy; , zie hiervoor ook Islamic Finance Qualification, Edition 2, 2007, Securities and Investment Institute. De vraag is of een eenzijdige belofte om een bepaald huis te zullen kopen in Nederland in rechte afdwingbaar is. Opstall (Opstall, Hofmann, Het Nederlands verbintenissenrecht, de Algemene leer van de verbintenissen, eerste gedeelte, Groningen. Tjeenk Willink B.V. 1976, p 375) maakt onderscheid tussen de zogenaamde eenzijdige bindende voorovereenkomst en de optie. Artikel 6: 219 lid 3 BW bepaalt dat een beding waarbij een van de partijen zich verbindt, als de ander dat wenst, een bepaalde overeenkomst te sluiten, geldt als een onherroepelijk aanbod. Over het algemeen wordt aangenomen dat de optiegerechtigde (de bank) vrij is om het aan hem gedane (onherroepelijke) aanbod te aanvaarden of af te wijzen. De vrijheid van de optiegerechtigde brengt mee dat de optieverlener er geen recht op heeft dat de optiegerechtigde van zijn recht gebruikmaakt (zie Groene Serie Privaatrecht, Verbintenissenrecht, titel 5, Overeenkomsten in het algemeen, Tot stand komen van overeenkomsten. Bewerkt door Y.G. Blei Weissmann (aant. 256 e.v.) . Veel verschil met een voorovereenkomst is er niet, zij het dat de voorovereenkomst de wederpartij slechts de bevoegdheid geeft tot het afdwingen van de prestatie waarop hij volgens de nader overeen te komen overeenkomst recht zou hebben. Er is overigens gepleit voor afschaffing van het onderscheid tussen de optie en de voorovereenkomst (H.J. de Kluiver en Mac Lean, RMThemis 1987)

¹² Burgerlijk Wetboek Boek Artikel 7: 2 lid 2.

¹³ Zie voetnoot 8.

De meeste Islamitische rechtsgeleerden zien Murabaha als een verkapte vorm van lenen tegen rente. Dit is ook niet verwonderlijk, aangezien de prijs van de Murabaha hoger zal zijn naarmate de looptijd langer is. Er wordt dan ook aangevoerd, dat deze verhoging van de prijs niet anders is dan het bedrag dat in rekening wordt gebracht voor het uitstel van de terugbetaling van de lening in de tijd, of te wel rente. Hier komt nog bij dat de maatstaf van de prijs van een Murabaha meestal wordt gebaseerd op de conventionele rente tarieven.

Toch zijn hedendaagse Sharia geleerden bereid Murabaha financiering onder voorwaarden toe te staan, ondanks dat zij wel weten, dat banken, voor de bepaling van de hoogte van het bedrag voor het ter beschikking stellen van de financiering, zelfs expliciet aanhaken bij de erkende rente indexen.¹⁴ Deze voorwaarden maken dat de transactie niet een verboden lening tegen rente is, maar een toegestane koop/verkoop van een zaak tegen (een uitgestelde) betaling met een overeengekomen winst toegevoegd aan de kosten. Van deze voorwaarden zorgt het in eigendom hebben van de zaak door de bank en het daardoor lopen van risico door de bank, voor de transformatie van een verboden geldlening in een toegestane handelstransactie.

Ook de Moslim klant is zich wel degelijk bewust dat er een vergoeding voor het ter beschikking gestelde bedrag zal moeten worden betaald. De Murabaha overeenkomst vermeldt expliciet de gebruikte rente index, omdat de prijssamenstelling (aankoopprijs bank plus winstopslag) volledig transparant moet zijn, ter voorkoming van *Gharar*.

In zijn bespreking van Islamitische financieringsconstructies overweegt Mr. R.P. Kranenburg ondermeer¹⁵, dat de winstopslag niet is bedoeld als vergoeding voor de terbeschikkingstelling van een hoofdsom, maar de hoofdsom zelf representeert. Voorts stelt hij, dat daarmee de rente als een direct en integraal onderdeel van de koopsom en als de tegenprestatie voor de koop en levering van eigendom moet worden gezien.

Dit, door Kranenburg ingenomen standpunt, is mijns inziens in strijd met het Islamitische recht. Immers vereiste voor de Murabaha is, dat de bank de door haar betaalde aankoopprijs aan de koper/klant bekend maakt (hoofdsom) en vervolgens met deze een bovenop deze aankoopprijs te betalen winstopslag (vergoeding voor ter beschikking stellen hoofdsom) overeenkomt. Het is dus geenszins de bedoeling, dat deze vergoeding, die apart wordt overeengekomen (en ondermeer afhankelijk is van de looptijd en hoogte van de aankoopprijs) onderdeel wordt van de hoofdsom (die was al bekend). De in de koopsom begrepen rente kan dan ook niet als direct en integraal onderdeel van de koopsom worden gezien. Dit rente element is juist onderdeel van de aan de koopsom toe te voegen en in overleg tussen de bank en de klant overeen te komen winstopslag. Dit onderdeel van de winstopslag vormt de tegenprestatie van het ter beschikking stellen van de fondsen benodigd voor de aankoop van de woning. Het vormt niet de tegenprestatie voor de koop en levering van eigendom. Er is dus niet van rente geabstraheerd, maar de anders als verboden geldlening tegen rente te beschouwen transactie is getransformeerd in een toegestane handelstransactie met een winstelement. Doordat de financier eigenaar is (geweest) en dus eigenaar risico heeft gelopen is hier sprake van een toegestane handelstransactie in plaats van een verboden geldlening.

3.3 Looptijd en prijs Murabaha

Als de koopprijs met opslag op termijn wordt terug betaald, moet er ten tijde van het aangaan van het contract duidelijkheid bestaan over de looptijd en de betalingsdata (*Gharar*). De looptijd van de Murabaha mag worden verlengd, als hierdoor maar niet de overeengekomen Murabaha prijs (aankoopprijs vermeerderd met opslag) wordt verhoogd¹⁶ (noch door prijsverhoging, noch door boetebedrag). De prijs, die op het moment van contracteren moet vaststaan, mag nadien immers niet meer worden gewijzigd.¹⁷

¹⁴ Zoals bijvoorbeeld Libor, (London Interbank Offered Rate)

¹⁵ 1) R.P. Kranenburg, *Islamitisch bankieren en de zgn. eigen woningregeling van art.3.111 Wet IB. Dualiteit of Perspectief?* WFR 2007/1265 en 2) R.P. Kranenburg *De Halal hypotheek, Synoniem voor imperfectie?*, Vakblad Financiële Planning, maart 2008, p.3.

¹⁶ Islamic Finance, a practical guide, "Application of Islamic Finance to trade finance, Abdul Rahman Al Shaikh and Bilal Ahmed Khan, page 88, Globe Law and Business, London,

¹⁷ AAOIFI, Statement # 2 of the Sharia Standard

3.4 Boete, vertragingsrente en korting

In het geval van te late betaling door de koper, mag aan deze dan ook geen boete of vertragingsrente in rekening worden gebracht, die ten goede komt aan de financier¹⁸. De prijs van de Murabaha zou daarmee dan immers verhoogd worden. Om de debiteur toch een prikkel te geven tijdig te betalen, mag wel in de Murabaha overeenkomst worden opgenomen, dat deze zich in geval van niet tijdige betaling verplicht, een boete¹⁹ aan een charitatief doel te betalen.

De meerderheid van de Islamitische rechtsgeleerden staan kortingen (in beginsel worden die beschouwd als een vorm van riba en dus als verboden, zie hiervoor) voor vervroegde aflossing niet toe, als een recht op korting in het contract wordt gekoppeld aan vervroegde aflossing.²⁰ Een contract mag dus niet bepalen dat koper, in het geval van vervroegde aflossing recht heeft op korting. De korting is dan gelijk aan de niet verschenen "rente"termijnen. Maar hedendaagse Islam geleerden vinden het wel acceptabel, als de financier in zo'n geval zou kiezen om een korting te geven.²¹ Het contract zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat de financier zich het recht voorbehoudt om koper in het geval van vervroegde aflossing een korting toe te kennen. Dit standpunt is overgenomen door de Fiqh Academy²². Omdat de korting feitelijk een kwijtschelding is van de niet verschenen "rente"termijnen zal deze mijns inziens fiscaal niet als een schenking worden aangemerkt.

4 Murabaha in Nederland?

4.1 Inleiding

Is deze financieringstechniek nu geschikt om in Nederland gebruikt te worden? Uitgangspunt voor het al dan niet kunnen introduceren van een Islamitisch financieringsproduct in Nederland is, dat dit product in het Nederlandse rechtssysteem past. Dit houdt in dat de Moslim koper in dezelfde positie wordt gebracht als de niet moslim koper en dus dezelfde rechten, verplichtingen en bescherming heeft c.q. geniet als de niet moslim koper. Ook vanuit het gedragstoezicht is van belang dat consumenten bij deze producten dezelfde bescherming genieten als bij conventionele producten, als ten minste deze islamitische financiële constructies als kredietuitzetting kunnen worden geïnterpreteerd en daardoor onder de reikwijdte van de Wet op financieel toezicht vallen. Zie hiervoor ook Bijkerk en Verhoef²³, die menen dat dit niet in alle gevallen zonder meer het geval is. Hier kom ik in het onderstaande nog op terug.

In Nederland is, met het oog op maximering van het voordeel van de renteaftrek, hypotheekverstrekking voor 30 jaar het meest gebruikelijk. Het blijkt dat de gemiddelde 'woonmobiliteit' zeven jaar is, dat wil zeggen dat de huiseigenaar na gemiddeld zeven jaar overgaat tot verkoop van zijn woning. In geval van verhuizing, kan de hoofdsom in de conventionele hypotheek boetevrij worden afgelost. Met toestemming van de bank wordt het pand dan verkocht en wordt van de opbrengst de nog openstaande schuld voldaan. In het geval van een overwaarde komt dit aan de koper ten goede, in het geval van een onderwaarde, blijft de koper met een restschuld zitten. Natuurlijk kan, buiten verhuizing, de huiseigenaar ook om andere redenen tot vervroegde aflossing besluiten (hij heeft bijvoorbeeld een erfenis gekregen). In een dergelijk geval van vervroegde aflossing is het mogelijk dat de koper onder een conventionele hypotheek een boete aan de bank moet betalen.

4.2 Civiel- en Fiscaalrechtelijke aspecten

4.2.1 Inleiding

Wat betekent het bovenstaande nu voor een Murabaha met een uitgestelde terugbetaling over een periode van 30 jaar? Als de letter van de Sharia zou worden gevolgd, zou dit betekenen dat de huiseigenaar die na 7 jaar wil verkopen, de nog niet verschenen termijnen over de komende 23 jaar

¹⁸ Islamic Fiqh Academy, Resolutie 53, 5^{de} Jaarlijkse Sessie, Jeddah, Journaal nummer 6, pagina 447

¹⁹ Die wel weer mag worden berekend aan de hand van een rente index bijvoorbeeld Libor.

²⁰ Islamic Finance Qualification, Securities & Investment Institute/ École Supérieure des Affaires, Edition 2, 2007 pagina 71.

²¹ Die ook mag worden berekend aan de hand van een erkende rente indexen.

²² Islamic Fiqh Academy, Resolutie 66, 6^{de} sessie, journal 7, pagina 217

²³ Werner Bijkerk en Bastiaan Verhoef, Islamitisch bankieren in Nederland, Bank- en Effectenbedrijf, januari/februari 2008

zal moeten betalen. Immers de prijs van de Murabaha staat vast. Dit zou de facto betekenen, dat de huiseigenaar niet kan verkopen en dat de bank ten koste van de moslim koper zou worden verrijkt/bevoordeeld. Zou de Sharia deze situatie willen sanctioneren in plaats van naar een oplossing te zoeken? Overeenkomstig de geest van de Islam, zullen Islam juristen naar alle waarschijnlijkheid vinden dat partijen naar een redelijke oplossing dienen te zoeken.²⁴ Het zou dus bijvoorbeeld kunnen dat de bank dit beschouwt als vervroegde aflossing en de resterende termijnen in de vorm van een korting op de opslag kwijtscheldt. De huiseigenaar die na 7 jaar zou willen verhuizen kan dat dus doen. Het ligt dan ook niet voor de hand dat, er sprake zou zijn van een “gemankeerd eigendom”, noch dat de aard van het islamitisch recht zich verzet tegen de vrije overdraagbaarheid van rechten.²⁵ De moslim koper kan net als de niet moslim koper het huis na 7 jaar gewoon verkopen. Uit de opbrengst van de verkoop lost hij de nog resterende schuld af. De nog niet verschenen termijnen van de opslag hoeven niet te worden afgelost uit de opbrengst van het pand, want die zijn hem in de vorm van een korting kwijt gescholden. De hypotheek zal nu dus kunnen worden doorgehaald en de notaris zal kunnen meewerken aan het transport. Er is geen sprake van een “gemankeerd eigendom”. Hetgeen de moslim koper verkoopt is immers gewoon de onbezwaarde eigendom van de woning.

De oplossing van het in het voorkomende geval zoeken naar een voor partijen redelijke oplossing werkt in het hedendaagse handelsverkeer niet afdoende, omdat zij onvoldoende rechtszekerheid vooraf biedt. De Moslim koper moet dezelfde rechtsbescherming genieten als de niet moslim koper. De koper wil vooraf dus zekerheid hebben, dat hij niet onder alle omstandigheden 30 jaar lang aan een terugbetalingsverplichting (lees huis) vast zit. Ook om andere reden is zekerheid vooraf vereist. Wat als de curator in het faillissement van de Islamitische geldlener meent, dat hij niet gehouden is om namens de bank naar een oplossing te zoeken en de koper aan zijn terugbetalingsverplichtingen zou willen (en kunnen) houden? Het is dus zaak om indachtig de bepalingen van het Sharia recht, voor het Nederlandse recht rechtszekerheid vooraf te bewerkstelligen. In de praktijk zal dus toch moeten worden gestreefd om een kwijtschelding vooraf vast te leggen, zij het niet in de Murabaha overeenkomst zelf. De Sharia Raad zou daar immers haar goedkeuring aan onthouden. Dit recht op kwijtschelding zou bijvoorbeeld in algemene voorwaarden of een side letter die een integraal onderdeel uitmaken van de Murabaha overeenkomst kunnen worden opgenomen .

Als een financieringsproduct dat hieraan tegemoet komt, kan worden gevonden, kan toestemming van de Sharia Raad worden gevraagd. Als deze Raad haar goedkeuring aan een dergelijk product verleent – omdat de Raad meent dat het product binnen de grenzen van de Sharia valt en dus Sharia compliant of Halal is- , kan de Raad in haar Fatwa aangeven dat het product voldoet aan het Sharia recht. Nu de moslim koper bovendien, door de rechtszekerheid die vooraf gewaarborgd is (dezelfde rechtszekerheid die de conventionele geldlener ook heeft), in eenzelfde situatie gebracht als de niet moslim koper is gebracht, is hiermee een Islamitisch financieringsproduct gevonden dat in het Nederlandse rechtssysteem past. De Moslim koper geniet derhalve dezelfde rechtsbescherming en heeft de zelfde rechten als de niet moslim koper.

4.2.2. *Mark Up moet worden geherkwalificeerd*

Om deze vorm van financiering fiscaal aantrekkelijk te maken (en dus voor de financier commercieel interessant te doen zijn) zal dat gedeelte van de mark up, dat kan worden toegerekend aan de ter beschikkingstelling van de geldlening, in fiscale zin als rente moeten worden geherkwalificeerd²⁶, zoals dat ook al eerder in de VS gebeurde²⁷. Engeland kent deze herkwalficatie problematiek niet, omdat daar geen rente aftrek voor eigenwoning schulden (meer) bestaat.

Op grond van artikel 3:120, eerste lid, onderdeel a van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 (“**Wet IB 2001**”) zijn de renten van schulden, kosten van geldeningen daaronder begrepen, die behoren tot de eigen woningschuld, aftrekbaar. De vraag is nu of de kosten van de *Murabaha* financiering, waar sprake is van vroegtijdige ter beschikking stellen van een hoofdsom, als zodanig kwalificeren.

²⁴ Islamic Fiqh Academy, Resolutie 66, 6^{de} sessie, jaartal 7, pagina 217

²⁵ Id R.P. Kranenborg

²⁶ Zodat de moslim koper deze kosten van financiering van zijn belastbare inkomen zal kunnen aftrekken (Wet inkomstenbelasting 2001)

²⁷ Comptroller of the Currency, Administrator of national Banks, Interpretative Letter # 867

Noch de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (“**Wet IB 1964**”), noch de Wet IB 2001 kende/kent een definitie van het begrip rente. Op 15 juli 1980²⁸ heeft de Hoge Raad overwogen, dat van rente slechts kan worden gesproken indien en voor zover het te betalen bedrag ook door partijen is bedoeld als vergoeding voor een hoofdsom. Op grond van de economische werkelijkheid kan de door de moslim koper betaalde vergoeding ter zake van deze koop met winstopslag, niet anders worden gezien dan als een vergoeding voor de door de bank betaalde (en dus ter beschikking gestelde) hoofdsom. Aangezien de bank haar bedrijf maakt van het tegen vergoeding uitzetten van gelden (in de Murabaha door als eigenaar in het project te participeren) en de klant bereid is voor hiervoor een vergoeding (in de vorm van een winstopslag) te betalen, lijkt de bedoeling van partijen vanzelfsprekend gericht op het enerzijds in rekening brengen van een vergoeding (door de bank) en het anderzijds betalen van deze vergoeding voor (door de klant/koper) de ter beschikking gestelde hoofdsom.

Overigens bevestigt de HR op 13 maart 1985²⁹, dat de vergoeding voor vervroegde terbeschikkingstelling van een koopsom³⁰ als betaalde rente moet worden beschouwd. Ondanks het feit dat partijen dit niet expliciet waren overeengekomen, kwalificeerde de Hoge Raad de vergoeding voor het vervroegd ter beschikking stellen van de koopsom als aftrekbare rente³¹. Ook waar partijen dus niet expliciet een geldleningovereenkomst tegen rentebetaling zijn aangegaan, kan voor fiscale doeleinden dus wel degelijk sprake zijn van aftrekbare rente.

Bovendien zou op basis van het beginsel van fiscale neutraliteit de aan de bank betaalde winstopslag die bij de bank belast is, aan de andere kant, dus bij de betalende moslim koper, al aftrekbaar moeten zijn. De financiële instelling rekent immers de regulier berekende vergoeding in beginsel tot de winst. Van een loutere vermogenswinst is geen sprake. In dat concept past het niet geen aftrek toe te laten op persoonsniveau.

Op grond van het voren staande kwalificeren naar mijn mening de kosten van de Murabaha financiering, die als winstopslag in de aflossing van de schuldvordering zijn begrepen, daarom wel degelijk als kosten van geldleningen in de zin van artikel 3:120 Wet IB 2001. In deze zin ook mr. drs. F.A. Israël³²; anders mr. R.P. Kranenburg³³.

4.2.3 Overdrachtsbelasting

Dubbele verschuldigheid van overdrachtsbelasting speelt, als het pand niet binnen zes maanden na de eerste levering, door de bank wordt doorverkocht aan de koper.³⁴

Bij een doorlevering binnen 6 maanden na de eerste levering, wordt het bedrag van de verschuldigde overdrachtsbelasting ter zake de tweede verkoop, verminderd met het bedrag aan overdrachtsbelasting dat al voldaan is ter gelegenheid van de eerste verkoop. De tekst van de wet ziet als maatstaf voor de heffing van overdrachtsbelasting, de waarde van de onroerende zaak, doch tenminste de (prijs van de) tegenprestatie³⁵. Dit zal per saldo altijd neerkomen op “bijheffing”, aangezien bijvoorbeeld de kosten van het (tweede) transport deel zijn gaan uitmaken van de tegenprestatie als bedoeld in artikel 9 1^e lid Wet op Belastingen van Rechtsverkeer (“**WBR**”).

Zou dit nu ook opgaan voor de winstopslag? De vraag die hiervoor beantwoord dient te worden is of de winstopslag kan worden afgescheiden van de waarde van de onroerende zaak cq de (prijs van de) tegenprestatie. Indien, de winstopslag in fiscale zin geherkwalificeerd wordt als rente, maakt de winstopslag geen deel uit van de waarde cq tegenprestatie en zal hierover geen overdrachtsbelasting verschuldigd zijn. Nu dit onderdeel van de winstopslag naar mijn mening, als rente geherkwalificeerd dient te worden (zie hiervoor) en dus moet worden afgescheiden van de waarde cq tegenprestatie, zal hierover dus geen overdrachtsbelasting verschuldigd zijn.

²⁸ BNB 1980/315, met noot van J.P. Scheltens.

²⁹ BNB 1986/231, met noot van A. Hartman.

³⁰ Lees: het verschil tussen het nominale bedrag van een vooruitbetaalde koopsom en de contante waarde ervan, herberekend over de periode van de vooruitbetaling tot de feitelijke levering of terbeschikkingstelling.

³¹ Zie ook F.A. Israël, *Wettelijke Belemmeringen bij het sluiten van een fiscaal vriendelijke Halal hypotheek*, WFR 2006/1142

³² F.A. Israël, *Wettelijke Belemmeringen bij het sluiten van een fiscaal vriendelijke Halal hypotheek*, WFR 2006/1142.

³³ Id R.P. Kranenburg.

³⁴ Op een overdracht binnen zes maanden is de vrijstelling van artikel 13, eerste lid, WBR van toepassing.

³⁵ Artikel 9 1^e lid WBR

Bij een doorlevering door de bank aan de klant binnen 6 maanden, dient mijns insziens dus niet te worden afgerekend over het surplus. Het is immers niet de tegenprestatie voor de koop en levering van een onroerende zaak en is dus geen tegenprestatie in de zin van artikel 9 lid 1 WBR. Anders mr. R.P. Kranenburg die de opslag als integraal onderdeel van de koopsom ziet (zie hiervoor) en - nu de WBR aansluit bij de rechtshandeling (koop) - daarom van mening is dat er overdrachtsbelasting zal moeten worden afgedragen over de winstopslag, cq kosten, cq rente.

In Engeland is overigens al in 2003 dubbele heffing van overdrachtsbelasting (*stamp duty*) in geval van *Murabaha* financiering afgeschaft. Geredeneerd werd dat de twee verkopen uitsluitend worden uitgevoerd om deze vorm van Islamitische financiering te faciliteren³⁶. In 2006 is deze afschaffing uitgebreid naar andere vormen van Islamitische woningfinanciering³⁷.

Voor zover dat nog nodig zou zijn, zou ik pleiten voor eenzelfde pragmatische redenering in Nederland.

4.3 Conclusie

Niets lijkt aan de introductie van het *Murabaha* financieringsproduct in de weg te staan. Hooguit kan de moslim koper van het gebruik van een dergelijke structuur afzien, vanwege het feit dat de initiële kosten hoger zullen zijn dan bij de conventionele hypotheek, ondermeer als gevolg van het tweemaal overdragen van de eigendom (dubbele notariskosten, dubbele kosten inschrijving kadaster).

5 Ijara (-wa-Iktina)

5.1 Inleiding

In deze financieringsconstructie wordt het gebruik van de woning tegen betaling overgedragen door de bank (hierna: Lessor) aan de gebruiker/bewoner (hierna: Lessee). De maandelijkse leasetermijnen bestaan uit de terugbetaling van de hoofdsom, interest, huur, verzekeringspremies en eventueel verschuldigde belastingen. Net als bij de *Murabaha* zullen dus ook hier de leasebetalingen een rentecomponent bevatten. Gedurende de looptijd van de lease blijft de juridische eigendom bij de Lessor. Omdat de Lessor slechts als financier optreedt en niet als exploitant, zal de leaseovereenkomst in de meeste gevallen bepalingen bevatten die de Lessee verplichten als bewoner van de woning, de woning te onderhouden en kosten en belastingen te betalen die de eigenaar (in casu de Lessor) normaal gesproken zou moeten betalen. Ook hier dient de huur bij het aangaan van de overeenkomst voor de gehele looptijd vast te staan, ook al is het, anders dan bij *Murabaha*, toegestaan om verschillende bedragen voor verschillende periodes vast te stellen, zolang maar het bedrag voor iedere periode uitdrukkelijk van te voren vaststaat. Ook hier zal de bank bij de bepaling van haar financieringskosten, zich baseren op algemeen aanvaarde interest indexen.

Als het de bedoeling is dat de eigendom aan het einde van de lease aan de Lessee wordt overgedragen, spreekt men van "Ijara-wa-iktina". De Lessee wordt dan eigenaar aan het einde van de lease periode, als hij aan al zijn verplichtingen onder de leaseovereenkomst heeft voldaan. De Lessor zal zich, in een eenzijdige verklaring, verplichten tot verkoop aan de Lessee over te gaan. Het koopcontract kan een bepaling bevatten, dat de Lessee de eigendom eerder kan verkrijgen door de restant koopprijs eerder te voldoen.

Deze vorm van financiering wordt, net als de hiervoor besproken *Murabaha*, met name in Engeland en de VS al langer aangewend voor de financiering van de eigen woning. In 1997 heeft de OCC (Office of the Comptroller of the Currency) in zijn *Interpretative Letter # 806*³⁸, de lessee in de VS al toegestaan dat gedeelte van de mark-up dat de kosten van financiering reflecteert (het rentegedeelte van de leasetermijnen gebaseerd op rente-indexen) op dezelfde wijze fiscaal in aftrek te brengen als bij een conventionele hypotheek.³⁹ Deze acceptatie door de OCC is gebaseerd op jurisprudentie die het principe van economische werkelijkheid over vorm accepteert. Dit "substance beginsel" zou in

³⁶ Finance Act 2003

³⁷ Finance Act 2006

³⁸ Comptroller of the Currency, Administrator of National Banks, Interpretative Letter # 806, December 1997

³⁹ Comptroller of the Currency, Administrator of National Banks, Interpretative Letter # 806, December 1997

Nederland eveneens kunnen worden ingezet, om de Islamitische geldlener in eenzelfde positie te brengen als de conventionele geldlener.

6 Ijara-wa-iktina in Nederland?

6.1 Inleiding

Om de moslim koper ook fiscaal in dezelfde positie te brengen als de conventionele koper van een eigen woning, dient deze als economisch eigenaar van de woning te worden aangemerkt. Hieronder wordt aan de fiscale positie van de moslim koper aandacht besteedt, alsmede aan enige andere aspecten die van invloed zijn op een succesvolle introductie van deze financieringsvorm.

6.2 Juridische en Fiscale aspecten

Deze Islamitische financieringsvorm is een enigszins hybride product met kenmerken van zowel de financial als de operational lease. Het kan worden gezien als huur op lange termijn (zoals het geval is bij een operational lease), waarbij de juridische eigendom bij de bank, en de economisch eigendom bij de klant ligt (zoals het geval is bij een financial lease). In het geval van een conventionele operational lease is de bank zowel juridisch als economisch eigenaar. Dit financieringsproduct zou mijns inziens dan ook als een overeenkomst sui generis moeten worden beschouwd.

Teneinde deze vorm van eigen woning financiering in Nederland mogelijk te maken, moet de lessee dus ook fiscaal als economisch eigenaar van de woning kunnen worden aangemerkt, zodat hij op grond van de artikelen 3.120 en 3.111 Wet IB 2001 de rentecomponent die is verdisconteerd in de leasetermijnen kan aftrekken van zijn belastbaar inkomen. Daarnaast dient het gedeelte van de leasetermijnen dat bestemd is als vergoeding voor het ter beschikking stellen van de hoofdsom als "rente" worden ge(her)kwalificeerd.⁴⁰

Op grond van de leaseovereenkomst zal de lessee het onderhoud van de woning verzorgen en de kosten en belastingen dragen als ware hij eigenaar. De lessee zal de juridische eigendom op termijn verkrijgen (*Ijara-wa-iktina*) tegen betaling van een reeks vaststaande bedragen. De lessee gedraagt zich als de eigenaar van de woning en draagt dus de economische risico's van de woning. Zo gaat de waardeverandering van de woning de lessee grotendeels aan en worden de voordelen van de woning door de lessee genoten.⁴¹ Het risico van het teniet gaan van de woning gaat zowel de juridische als de economische eigenaar aan. Mr. R.P. Kranenborg is van mening, dat dit risico allen bij de lessor ligt.

Naar mijn mening moet de lessee zowel civiel als fiscaal als economisch eigenaar van de woning worden aangemerkt.

6.2.1 Aftrekbare kosten eigen woning?

Het gedeelte van de leasetermijnen dat is bedoeld als vergoeding voor het door de bank ter beschikking stellen van de koopsom van de woning, kan in lijn met Hoge Raad 15 juli 1980 en 13 maart 1985⁴² worden aangemerkt als aftrekbare rente als bedoeld in artikel 3.120 Wet IB 2001.⁴³ Voor een uitgebreidere analyse ter zake zij verwezen naar paragraaf 4.3.2 hierboven.

6.2.3 Overdrachtsbelasting

Ten aanzien van de heffing van overdrachtsbelasting in een *Ijara*-structuur kan het volgende worden opgemerkt. Naar mijn mening zal bij het aangaan van de *Ijara* het economisch eigendom geheel worden geleverd door de bank aan de moslim koper. Hierover is overdrachtsbelasting verschuldigd. Vervolgens geldt ten aanzien van de levering van de juridische titel (ingeval van een *Ijara-wa-iktina*)

⁴⁰ In "Halal Mortgage", Marjorie J Sinke pagina 71 en volgende is al betoogd dat dit inderdaad het geval zou moeten zijn.

⁴¹ Zie ook Financiële planning en de eigen woning, Drs. J.E. van den Berg, Drs. C.J.J.M. Kock en C.H. Bartels Wegwijzers Financiële Planning, Academie Financiële planning 2004.

⁴² BNB 1980/315 en BNB 1986/231.

⁴³ Zie ook: F.A. Israël "Wettelijke Belemmeringen bij het sluiten van een fiscaal vriendelijke Halal hypotheek", WFR 2006/1142.

dat de waarde waarover overdrachtsbelasting is verschuldigd zal worden verminderd met het bedrag waarover ter zake van de verkrijging van het economisch eigendom overdrachtsbelasting was verschuldigd.⁴⁴ Over de eventuele waardestijging van de eigen woning tijdens de looptijd van de *Ijara-structuur* wordt dus wel overdrachtsbelasting geheven.⁴⁵ In Engeland en de VS wordt uitgegaan van één levering (zie hierboven). Gezien het feit dat met de splitsing tussen economisch en juridisch eigendom geen fiscaal voordeel wordt beoogd, zou toepassing van de hardheidsclausule ex artikel 63 Algemene wet inzake rijksbelastingen voor de hand liggen.

6.2.4. Conclusie

Functioneel is deze Islamitische leaseconstructie niet anders dan een kredietverstrekking verzekerd door een hypotheek en dus gelijk te stellen aan een conventionele financieringstransactie waarin de bank de positie inneemt van een door onderpand beschermde geldverstrekker. De economische werkelijkheid van de lease constructie heeft derhalve het karakter van een conventionele financieringstransactie en kan gezien worden als een nieuwe vorm van woningfinanciering. De Islamitische “geldlener” zou dan ook in dezelfde positie moeten worden gebracht als de conventionele debiteur. Naar mijn mening zou op grond van deze zelfde redenering van economische werkelijkheid ook in het geval in de *Ijara structuur* de lessee niet als economische eigenaar zou worden beschouwd (bijvoorbeeld omdat geconcludeerd zou worden, dat de waardeverandering hem niet grotendeels aangaat) deze vorm van financiering gelijk moeten worden gesteld met een conventionele financieringstransactie. Hier zal echter waarschijnlijk een aanpassing van de fiscale wetgeving voor nodig zijn, waarvoor ik zou willen pleiten.

6.3 Overige aspecten

6.3.1 Tijdelijke Wet Regeling Huurkoop Onroerend Goed

In tegenstelling tot de vermeende fiscale obstakels, vormt de Tijdelijke Wet Regeling Huurkoop van Onroerend Goed (“**Tijdelijke Wet**”) mogelijk wel een belemmering voor het introduceren van de *Ijara structuur*.⁴⁶ Deze wet verplicht de notaris om in de hypotheek- en leaseakte te vermelden welk deel van de te betalen som strekt tot aflossing van de huurkoopsom en welk deel strekt tot betaling van de verschuldigde rente. Een dergelijke expliciete verwijzing naar het rente gedeelte maakt dit product mogelijk haram. In de UK en US biedt de UBK (United Bank of Kuwait) Sharia compliant leases aan. Bij het sluiten van de leaseovereenkomst worden de huurprijs en de mark up (de kosten voor de financiering) voor de gehele duur van de lease vastgesteld, gebaseerd op bijvoorbeeld LIBOR, zonder dat er hierbij wordt verwezen naar van de voren overeengekomen rente tarieven. Dit zou ook verboden zijn. Een dergelijke, minder expliciete, verwijzing door de bank (of notaris) bij het sluiten van de leaseovereenkomst naar het Libor gedeelte zoals dat in de UK en US gebruikelijk is zou het product ook hier mogelijk Halal kunnen maken.⁴⁷

6.3.2.. Wet op financieel toezicht

Nieuwe aanbieders van islamitische financiële producten hebben met toezichtwetgeving zoals neergelegd in de Wet op het financieel toezicht⁴⁸ (hierna: “**Wft**”) te maken, ondermeer als zij door hun activiteiten als bank vallen aan te merken. Een van die voorwaarden om als bank te kwalificeren is, dat een dergelijke instelling voor eigen rekening “kredietuitzettingen” verricht. Kunnen de Murabaha en de *Ijara* (-wa- Iktina) als een kredietuitzetting in de zin van de Wft worden beschouwd? Als sprake

⁴⁴ Artikel 9 lid 4 WBR.

⁴⁵ Op een vraag vanuit de Eerste Kamer naar de ratio van de bepaling geeft de staatssecretaris nog de volgende toelichting. Indien sprake is geweest van splitsing, waarbij ter zake van de verkrijging van de economische eigendom is geheven, en die splitsing weer wordt opgeheven doordat macht en belang in één hand samenkomen, acht ik opnieuw een heffing over de totale waarde van de onroerende zaak te ver gaan. Ik vind het evenwel niet voldoende te volstaan met slechts heffing over de eerste verkrijging; op die wijze zou alsnog een aanzienlijk voordeel kunnen worden behaald door de beoogde verkrijging van de volledige eigendom in twee in de tijd gespreide stappen te bewerkstelligen. Daarom wordt over de latere verkrijging wel geheven, maar wordt volstaan met heffing over een eventuele waardestijging. MvA, Kamerstukken I 1995/96, 24 172, nr. 20B, V-N 1995, blz. 4158, punt 24.

⁴⁶ In deze zin ook drs. F.A. Israel WFR 2006/1142.

⁴⁷ Zie hiervoor ook Halal Mortgage, M.J. Sinke, pagina's 76 e.v.

⁴⁸ Wet van 28 september 2006, Stb. 475, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop, Zoals deze wet laatstelijk is gewijzigd bij de wet van 7 december 2006, Stb. 706

is van een financial lease zal dit wel, maar als sprake is van een contract van huurkoop of koop of afbetaling, zal dit niet als kredietuitzetting worden geïnterpreteerd⁴⁹. In deze zin ook Bijkerk en Verhoef⁵⁰ en de Verkennende Analyse van de Nederlandsche Bank⁵¹. In het geval de islamitische financiële instelling dus uitsluitend contracten van huurkoop en koop op afbetaling aangaat, kan deze instelling dus niet onder de Wft als “bank” worden geclassificeerd. Dit betekent, dat consumenten bij deze islamitische financiële producten niet dezelfde bescherming genieten als bij de conventionele producten, omdat deze dus buiten de reikwijdte van de Wft vallen. Wel zou in dit geval de financiële instelling in aanmerking kunnen komen voor een vrijwillige bankvergunning⁵². Banken die al over een vergunning beschikken mogen in beginsel islamitische financiële producten aanbieden, mits zij aan de toezichteisen voldoen⁵³. Voor wat betreft het gedragstoezicht is verder bepalend of het product onder de Wft definitie van krediet valt, dat wil zeggen, dat het product een geld- of een goederenkrediet is. De Islamitische hypotheek is noch aan te merken als een geldkrediet (het is immers een koop op afbetaling), noch als een goederenkrediet (welk alleen betrekking heeft op roerende zaken). Op grond hiervan zou de aanbieder van een dergelijke hypotheek op dit moment buiten de reikwijdte van het gedragstoezicht vallen⁵⁴, hetgeen betekent dat de consument die een dergelijke hypotheekvorm afsluit niet dezelfde bescherming geniet als de consument die voor een conventionele hypotheek kiest⁵⁵. Doordat de conventionele hypotheek onder de reikwijdte van de Wft valt, zijn de verstrekkers daarvan verplicht om, voorafgaand aan het sluiten van de hypotheek, relevante productinformatie te verschaffen zodat de consument het product kan beoordelen en een zorgvuldige beslissing ten aanzien daarvan kan nemen. Ten aanzien van de islamitische hypotheek geldt deze zorgplicht van de aanbieder jegens de consument niet.

In Engeland hebben de Britse wetgever, belastingdienst en toezichthouder als sinds de jaren 90 samengewerkt om Islamitisch financieren gelijk te stellen aan conventionele vormen van financiering, niet alleen fiscaal maar met name ook op het gebied van consumentenbescherming voor de afnemers van deze producten.

In Nederland zou om dit te bewerkstelligen, bijvoorbeeld de definitie van goederenkrediet kunnen worden opgerekt waardoor ook onroerende goederen daaronder komen te vallen. Hierdoor kunnen islamitische hypotheekvormen onder de Wft vallen. Ik zou bovendien willen voorstellen, dat steeds moet worden bedacht, dat de economische werkelijkheid van de islamitische financieringsstructuur in het algemeen niet veel anders is dan onze conventionele financieringsvormen. Dit “substance beginsel” (het principe van economische werkelijkheid over vorm) zou in Nederland kunnen worden ingezet, om deze Islamitische financieringsproducten als kredietuitzettingen, in ieder geval als financiële producten, te beschouwen, waardoor zij ook onder de reikwijdte van de Wft komen en de Islamitische geldlener in eenzelfde positie wordt gebracht als de conventionele geldlener.

6.3.3. Risk Weighting

Voor de financier is het risicogewicht dat bij deze vorm van Islamitische eigen woning financiering moet worden gehanteerd een punt van aandacht. Zo was het risicogewicht van de Ijara mortgage in Engeland in eerste instantie op 100% gesteld, terwijl dit in het geval van een conventionele hypotheek 50% was. In het geval van een Ijara structuur heeft de bank het onroerend goed gedurende de gehele looptijd in eigendom. De woning staat gedurende deze periode dus onder vaste activa op de balans van de bank. Hierdoor is een hoger percentage van het kapitaal van de bank gebonden dan in het geval van een conventionele hypotheek. Bovendien staat het gedurende deze periode bloot aan marktrisico, het risico dat het pand in waarde vermindert. Als gevolg van dit hoger toegekende risicogewicht kon deze vorm van Islamitische financiering alleen duurder worden aangeboden dan in de conventionele vorm. De FSA heeft inmiddels besloten dat (met ingang van 1 januari 2007⁵⁶) niettegenstaande voormelde beperkingen, het risicogewicht net als bij de conventionele hypotheek, op

⁴⁹ Zie ook De Nederlandsche Bank, Kwartaalbericht juni 2007.

⁵⁰ Id Bijkerk en Verhoef

⁵¹ Occasional Studies, Vol. 6/ No.3 (2008) Islamitisch Financieren en Toezicht: een verkennende analyse, pag. 27 -37

⁵² Id De Nederlandsche Bank, Kwartaalbericht juni 2007.

⁵³ Id Occasional Studies, pag. 28

⁵⁴ Id Occasional Studies pag. 29

⁵⁵ Voor prudentieel toezicht, vereisten ten aanzien van de bedrijfsvoering en kapitaal toereikendheid, en informatie verstrekking verwijs ik naar de Occasional Studies daar deze onderwerpen buiten het bestek van dit artikel vallen.

⁵⁶ Info FSA Wholesale Banks & Investment Firms Department, Wholesale Firms Division dated November 13. 2006.

50% wordt gesteld. Dit punt verdient in Nederland nog de aandacht. Bazel II biedt voldoende uitgangspunten voor de berekening van de kapitaaleisen voor een Islamitische Bank of een conventionele bank die islamitische financieringsproducten aanbiedt. Op basis van de juridische eigendomsstructuur zal niet iedere islamitische hypotheek in de categorie hypotheek met het daarbij behorende risicogewicht vallen. Bijkerk en Verhoef zijn van mening, dat veel is te zeggen voor een pragmatische benadering waarbij in beginsel dezelfde risico gewichten kunnen worden gehanteerd. Indien blijkt dat het risicogewicht van een islamitische kredietportefeuille toch substantieel verschilt met die van een conventionele, kan de kapitaalseis alsnog daarmee in lijn worden gebracht⁵⁷. Ik sluit mij hierbij aan.

7 Conclusie

Teneinde een financiering Halal te maken is het van belang dat iedere vorm van rendement op ter beschikking gestelde gelden, voortkomt uit een samenwerking tussen de investeerder en de geldlener, waarbij de geldlener enig commercieel risico dient te lopen.

Voor de introductie van de Murabaha structuur zijn naar mijn mening geen wetswijzigingen nodig. Wel zou de Belastingdienst c.q. het Ministerie van Financiën zich achter de fiscale kwalificatie van de Murabaha moeten scharen die ik in dit artikel uiteen heb gezet. Met andere woorden, de winstopslag moet worden geherkwalificeerd als kosten van een geldlening, die behoort tot de eigen woningschuld. Voor de introductie van het Ijara product dient mogelijk het obstakel dat door de TWOG wordt opgeworpen uit de weg te worden geruimd. Dit lijkt meer op de weg van de Staatssecretaris van Financiën te liggen.

Het moet steeds duidelijk zijn dat het hier “alternatieve” financieringsmethodes betreft, die een beperkte groep - die anders mogelijk geen toegang tot financiering zou hebben (omdat hun geloof onze conventionele op rente gebaseerde financiering verbiedt) - de toegang tot financiering verschaffen. Uitgangspunt moet dan zijn, dat deze alternatieve financiering op dezelfde wijze zal worden behandeld als conventionele financiering.

Steeds moet bedacht worden, dat de economische werkelijkheid van de structuur in het algemeen niet veel anders is dan onze conventionele financieringsvormen. Het is belangrijk dat de geldlener in die alternatieve financieringsvorm in eenzelfde positie wordt gebracht als de conventionele geldlener.

Mijns insziens zou het faciliteren van Islamitisch bankieren en financieren heel goed in het Holland Financial Centre passen. Dit is een initiatief dat ook ondersteund wordt door het Ministerie van Financiën om Nederland aantrekkelijk te houden als financieel centrum. Belangrijk hiervoor dat een duidelijk politiek signaal wordt afgegeven dat Islamitische financiële instellingen of conventionele instellingen die Islamitische financieringsproducten aanbieden in Nederland welkom zijn en dat zo nodig, fiscale barrières die nu mogelijk nog aan de introductie van een enkele van de financieringsconstructies in de weg zou staan zullen worden opgeruimd. Alleen dan zal in Nederland een level playing field kunnen worden gecreëerd ten opzichte van Londen of Dubai.

In ieder geval lijkt het belangrijk dat de overheid “probleemoplossend” mee denkt.

* Marjorie J. Sinke studeerde Religiewetenschappen, Master Islam aan de Universiteit van Amsterdam. Zij is gespecialiseerd in Islamic Banking and Finance en in het bijzonder in de Halal Hypotheek. Als Islamic Finance Consultant adviseert zij financiële instellingen over mogelijke introductie van Islamitische financieringsproducten op de Nederlandse markt.

** Met veel dank aan mr. R.P. Kranenburg voor zijn fiscale bijdrage. Mr. R.P. Kranenburg is Voorzitter Kennisgroep onroerende zaken, Belastingdienst Amsterdam.

⁵⁷ Id Bijkerk en Verhoef