

Islamitisch financieren

De halal hypotheek in Nederland?

Marjorie J. Sinke*

1 Inleiding en conclusie

Enige tijd geleden werd geconcludeerd,^{1,2} dat er islamitische financieringsconstructies zijn, die gebruikt kunnen worden om de ‘Sharia compliant’ (‘halal’) hypotheek ook in Nederland te introduceren. In Engeland en de V.S. wordt deze hypotheek al sinds de jaren negentig aangeboden.^{3,4} Uit verschillende onderzoeken blijkt, dat onder de Nederlandse moslimbevolking belangstelling bestaat voor een dergelijke hypotheek.⁵ Introductie ervan zal het huizenbezit onder de moslimbevolking naar alle waarschijnlijkheid dan ook vergroten en hun integratie bevorderen. Waarom is er dan toch nog steeds geen *halal* hypotheek op de Nederlandse markt?

In deze voordracht zal eerst worden uiteengezet wat islamitisch financieren inhoudt. Voor zover relevant, wordt daarbij aandacht aan het islamitische contractrecht besteed. Gelet op de beperkte tijd die een ieder van ons is toebedeeld, zal slechts een van de voor de financiering van de eigen woning meest gebruikte islamitische financieringsproducten, te weten de *Murabaha*, worden besproken en zal worden gekeken waarom deze geschikt zou kunnen zijn om in Nederland te worden gebruikt. Hierbij zullen mogelijke juridische en fiscale obstakels aan de orde komen.

Het zal blijken, dat invoering van de *halal* hypotheek wordt vertraagd doordat zowel aan het islamitische als aan het Nederlandse recht moet worden voldaan.

* Marjorie J. Sinke studeerde Rechten en 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 islamitische financieringsproducten en de mogelijke introductie daarvan op de (Nederlandse) markt.

1. Islamic Banking and Finance, the Islamic Mortgage, 2007; uitgegeven door Celsus boeken onder de titel: ‘de Halal Hypotheek’, www.celsusboeken.nl.
2. *Eigen huis Moslims goed voor integratie*, Het Financieele Dagblad van 3 mei 2007.
3. Islamic banking and finance, new perspectives on profit-sharing and risks, edited by Munawar Iqbal, David T. Llewellyn, Edgar Elgar Publishing Limited 2002.
4. Leach, Keith (1997) Britain’s First Islamic Mortgage, *New Horizon* 63, May 3-4.
5. Volgens onderzoek van de Rabobank uit 2006 genaamd: ‘Dichtbij: Halal Hypotheek in Aantocht’; zie ook Henk Schutten in het Parool van 13 september 2006.

2 Islamitisch financieren

2.1 Wat is islamitisch financieren?

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

Dit islamitische recht is te vinden in de *Sharia* (Godelijk recht) en wordt verder uitgewerkt in de *Fiqh* (menselijk begrip van dat recht, jurisprudentie). De hoofdbron van de *Sharia* is de Koran. Deze bevat openbaringen van de Profeet, afkomstig van God. Naast de Koran is er 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 (*Ahadith*) vevat. De *Fiqh al Mu'amalat* (islamitisch handelsrecht) bevat (ethische) regels van contractenrecht, die moeten worden toegepast in alle islamitische financieringsconstructies.

2.2 Op islamitisch financieren toepasselijke regels van contractenrecht

Er ligt een sterke ethische fundering onder islamitisch financieren.

Algemene regels van islamitisch contractenrecht zijn bijvoorbeeld dat partijen zich eerlijk, rechtvaardig en ethisch dienen te gedragen⁶ en 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 in een financieel nadeliger positie brengen.

De voor de islamitische financieringspraktijk specifieke regels zijn onder meer:

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 winstgevende activiteit en verbiedt iedere vorm van het behalen van rendement op schulden. Geld heeft onder het islamitisch recht geen intrinsieke waarde, het 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. Onder het renteverbod valt ieder surplus (iedere van te voren vastgestelde betaling over en boven de hoofdsom), maar ook iedere van te voren vastgestelde korting⁷ op een contractuele verplichting.

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

7. Onder het islamitische recht is een korting onder omstandigheden toegestaan.

Rendement op ter beschikking gestelde gelden, kan dan ook alleen maar (Sharia) rechtsgeldig worden behaald, als dit door de financier wordt ‘verdiend’. Hij kan dit doen door winst te maken.⁸ 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 uitgeleend. Hij deelt dan in de winsten, maar ook in verliezen. De geldlener is dus verplicht verbonden aan het onderliggende actief, waardoor elke vorm van islamitisch financieren steeds ‘asset-backed’ is.

Als een bank geld uitleent, deelt hij in de risico’s en opbrengsten die door de geldnemer worden behaald. Het inkomen van de bank is dan ook meer afhankelijk van het financiële succes van de klant en niet alleen – zoals in ons conventionele banksysteem – van de ontvangst van van te voren vastgesteld inkomen, dat aan de hand van marktconforme rentetarieven wordt berekend. Inkomsten uit geïnvesteerd kapitaal mogen niet van te voren zijn vastgesteld. Geld wordt dus eerder gezien al potentieel kapitaal en pas als kapitaal, als het daadwerkelijk wordt geïnvesteerd in een onderliggend project. Steeds zal moeten worden beoordeeld of sprake is van ‘gelegitiemeerde inkomsten’ of ‘verboden rente’.

2.2.2 Het Maysir (speculeren) en het Gharar (onzekerheid) verbod

Contracten die speculatie (*Maysir*) en (vermijdbare) onzekerheden of onduidelijkheden (*Gharar*) bevatten, zijn nietig. Het gaat hierbij om speculatie, die kan worden gelijkgesteld aan gokken (*Maysir*). De vraag die 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 duidelijkheid ten aanzien van alle fundamentele contractsbepalingen. Het verbod van *Gharar* is vergelijkbaar met onze consumentbeschermende bepalingen.

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 worden betaald aan een charitatief doel. De crediteur mag er niet beter van worden. Het ethische aspect speelt hier ook. 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.

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

2.2.4 Verbod op investeringen in haram goederen

Investerings mogen alleen plaatsvinden in goederen die door de Sharia niet verboden zijn. Zo mag bijvoorbeeld niet worden geïnvesteerd in bedrijven die conventionele verzekeringen en banken die hoofdzakelijk conventionele financiering aanbieden; producenten en distributeurs van varkensvlees en alcohol en bedrijven die substantiële inkomsten uit deze producten verwerven (bijvoorbeeld supermarkten, restaurants en casino's). Onder dit verbod zouden zelfs vliegtuigmaatschappijen en hotels kunnen vallen die substantiële inkomsten verkrijgen uit bijvoorbeeld de verkoop van alcohol en varkensvlees. Hetzelfde geldt ook voor bedrijven met teveel schulden (ratio schuld/eigen vermogen meer dan 33%) of met rente-inkomsten die meer dan 5% uitmaken van de totale inkomsten.⁹

2.2.5 Sharia Raad

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

2.3 Islamitische financieringstechnieken

Een aantal financieringstechnieken is ontwikkeld, dat aan de hiervoor genoemde principes voldoet. Deze hebben gemeen, dat er: reële activa zijn; en dat de financier enig commercieel risico in het onderliggende project loopt.

Murabaha (kosten plus) financiering, *Ijara* (huurkoop/lease) en *Musharaka* (*Mutanaqisa*) ((verdwindend) partnerschapcontract) worden voor financiering van de eigen woning gebruikt. In dit betoog zal alleen de *Murabaha* financieringstechniek worden besproken. Naar mijn mening kan deze techniek in Nederland voor woning-financiering worden gebruikt, zonder dat daarvoor wetswijzigingen nodig zijn.

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

3 Murabaha (kosten plus)

3.1 Inleiding

In deze financieringsvorm geeft de klant aan de bank aan, een bepaald huis te willen kopen en verklaart in een eenzijdige belofte (*Wa'd*),¹⁰ dit huis van de bank te zullen kopen. De eigenaar van het huis draagt dit in eigendom over en levert het aan de bank, die dit op haar beurt in eigendom overdraagt en doorlevert aan haar klant. De prijs waartegen de bank doorverkoopt, is de door de bank betaalde koopsom vermeerderd met een met de klant overeengekomen opslag (hierna: 'kosten-plus-prijs'). De bank kan zich de eigendom van het pand voorbehouden, totdat alle termijnen door de klant zijn voldaan. De bank zal, om haar (eigenaar)risico's zo veel mogelijk te beperken, het pand in het algemeen zo snel mogelijk willen doorleveren. Hierbij dient zij rekening te houden met het recht van de koper om de koop te ontbinden (de bedenktijd¹¹). 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 kortlopende 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 langlopend is.

De kosten-plus-prijs, eenmaal vastgesteld, mag nadien niet meer gewijzigd worden. Door het enkele feit dat de bank eigenaar is (geweest) van het pand – dit kan van hele korte duur zijn geweest, zelfs zo kort als een paar minuten – en dus gedurende die periode eigenaar risico heeft gelopen, wordt het rendement dat de bank op de transactie behaalt, beschouwd als gelegitimeerde winst gemaakt in een handelstransactie, in plaats van verboden rente op uitgezet geld. In tegenstelling tot rente, zijn handelstransacties volgens de Sharia wel toegestaan.¹²

De 'kosten-plus-prijs' kan door de koper als bedrag ineens of in termijnen worden (terug)betaald.

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 wel aangevoerd dat deze verhoging niet anders is dan het bedrag dat in rekening wordt gebracht voor het uitstel van de terugbetaling van de lening in de tijd (rente). Hier komt nog bij dat voor de bepaling van de hoogte van dit bedrag bij erkende rente-indexen wordt aangehaakt¹³ en in de Murabaha-overeenkomst zelfs expliciet naar de gebruikte

10. 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.

11. Burgerlijk Wetboek Boek Artikel 7: 2 lid 2.

12. Zie voetnoot 8.

13. Zoals bijvoorbeeld Libor, (London Interbank Offered Rate).

rente-index wordt verwezen. De prijssamenstelling moet immers volledig transparant zijn (Gharar).

Desondanks zijn hedendaagse Sharia-geleerden bereid Murabaha-financiering onder voorwaarden toe te staan. De voorwaarde dat de bank het pand in eigendom heeft (ghad), zorgt voor de transformatie van verboden geldlening naar toegestane handelstransactie (koop/verkoop tegen (uitgestelde) betaling met overeengekomen winst toegevoegd aan de kosten).

3.2 De opslag

De opslag, bestaat in het algemeen uit de som van:

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

3.3 Looptijd en prijs Murabaha

Als de kosten-plus-prijs op termijn wordt terugbetaald, 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 kosten-plus-prijs wordt verhoogd¹⁴ (noch door prijsverhoging, noch door boetebedrag). De prijs, die op het moment van contracteren moet vaststaan, mag nadien immers niet meer worden gewijzigd.¹⁵

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 financier.¹⁶ De prijs van de Murabaha zou daarmee 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 boete¹⁷ aan een charitatief doel te betalen.

14. 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.

15. AAOIFI, Statement # 2 of the Sharia Standard.

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

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

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 het recht op een dergelijke korting in het contract wordt gekoppeld aan vervroegde aflossing.¹⁸ Een contract mag dus niet bepalen dat de koper, in het geval van vervroegde aflossing recht heeft op korting. Maar hedendaagse Islamgeleerden vinden het wel acceptabel, als de financier in zo'n geval zou kiezen om een korting te geven.¹⁹ Het contract zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat de financier zich het recht voorbehoudt, om de koper in het geval van vervroegde aflossing een korting toe te kennen. Dit standpunt is overgenomen door de Fiqh Academy.²⁰ Omdat de korting feitelijk een kwijtschelding is van de niet verschenen 'rente'termijnen', lijkt deze fiscaal niet als een schenking te zullen worden aangemerkt.

4 Murabaha in Nederland?

4.1 Inleiding

Voorwaarde voor introductie van een islamitisch financieringsproduct in Nederland is dat dit product aan alle toepasselijke Nederlandse rechtsregels, waaronder toezichtregels, voldoet. De koper van een dergelijk product dient dezelfde rechtspositie te hebben als de koper van een conventioneel product. Waar nodig zullen regels moeten worden aangepast.

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 die 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. Onder het Sharia recht mag dit ook, als deze boete maar niet ten goede komt aan de geldlener.

Wat betekent het bovenstaande nu voor een Murabaha met een uitgestelde terugbetaling over een periode van 30 jaar?

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

19. Die ook mag worden berekend aan de hand van een erkende rent-indexen.

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

4.2 Civiel- en fiscaalrechtelijke aspecten

4.2.1 Civiel

Sharia

Als de letter van de Sharia wordt gevolgd, zal de huiseigenaar die na zeven jaar wil verkopen, de nog niet verschenen termijnen over de komende 23 jaar moeten betalen. Immers de kosten-plus-prijs van de Murabaha staat vast. Dit betekent de facto, dat de huiseigenaar niet kan verkopen. Zou de Sharia deze situatie sanctioneren of naar een oplossing willen zoeken?

Overeenkomstig de geest van de Islam, zullen partijen zelf naar een redelijke oplossing dienen te zoeken.²¹ Een oplossing zou bijvoorbeeld kunnen zijn, dat de bank deze situatie beschouwt als vervroegde aflossing en de resterende termijnen in de vorm van een korting op de opslag kwijtscheldt. De huiseigenaar die na zeven jaar wil verhuizen, kan het huis dan net als de niet-moslimkoper gewoon verkopen. Uit de opbrengst 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 kwijtgescholden. De hypotheek zal dus kunnen worden doorgehaald en de notaris zal kunnen meewerken aan het transport. Er is geen sprake van 'gemankeerd eigendom'.²² Hetgeen de moslimkoper verkoopt is immers de onbezwaarde eigendom van de woning.

Nederlands Civiel

Deze oplossing van het in het voorkomende geval zoeken naar een voor partijen redelijke oplossing biedt onvoldoende rechtszekerheid. De koper wil vooraf zekerheid, dat hij niet onder alle omstandigheden 30 jaar lang aan een terugbetalingsverplichting (huis) vastzit. Ook om andere redenen is zekerheid vereist. Wat als de curator in het faillissement van de geldlener meent, dat hij niet gehouden is om namens de bank naar een oplossing te zoeken en de koper aan zijn terugbetalingsverplichting houdt?

Sharia en Nederlands Civiel

Het is dus zaak om indachtig de bepalingen van het Sharia-recht, voor het Nederlandse recht rechtszekerheid te bewerkstelligen. In de praktijk zal dus toch het recht op korting vooraf vast moeten worden gelegd. Dit mag niet in de Murabaha overeenkomst. De Sharia Raad zou daar haar goedkeuring aan onthouden. Daarvoor zal in de praktijk in overleg met de Sharia Raad naar oplossingen moeten worden gezocht.

Fiscaal: Opslag moet worden geherkwalificeerd

Om deze vorm van financiering fiscaal aantrekkelijk te maken, moet dat gedeelte van de opslag, dat kan worden toegerekend aan de ter beschikkingstelling van de geldlener, in fiscale zin als rente worden geherkwalificeerd,²³ zoals dat eerder al in de VS

21. Islamic Fiqh Academy, Resolutie 66, 6^{de} sessie, jaarnaal 7, pagina 217.

22. Ibid. Kranenborg.

23. Zodat de moslimkoper deze kosten van financiering van zijn belastbare inkomen zal kunnen aftrekken (Wet inkomstenbelasting 2001).

gebeurde.²⁴ Engeland kent de herkwalificatieproblematiek niet, omdat daar geen renteaftrek voor eigenwoning-schulden (meer) bestaat.

Op grond van artikel 3:120, eerste lid, onderdeel a Wet op de inkomstenbelasting 2001 ('Wet IB 2001') zijn renten van schulden, kosten van geldleningen 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.

Noch de Wet op de inkomstenbelasting 1964 ('Wet IB 1964') kende, noch de Wet IB 2001 kent een definitie van het begrip rente. Op 15 juli 1980²⁵ overwoog de Hoge Raad 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 is de betaalde vergoeding door partijen ook bedoeld als vergoeding voor de hoofdsom. Het bankbedrijf bestaat uit het tegen vergoeding uitzetten van gelden. De klant weet dat hiervoor een vergoeding moet worden betaald. De bedoeling van partijen is dan ook vanzelfsprekend gericht op het enerzijds in rekening brengen van een vergoeding (door de bank) en anderzijds op het betalen van deze vergoeding (door de klant) voor de hoofdsom. Dat de bank de hoofdsom in Murabaha financiering door als eigenaar in het project te participeren vervoegd ter beschikking stelt, is uitsluitend om deze alternatieve financieringsvorm te faciliteren.

De HR bevestigt overigens op 13 maart 1985,²⁶ dat de vergoeding voor vervoegde terbeschikkingstelling van een koopsom²⁷ als betaalde rente moet worden beschouwd. Ondanks het feit dat partijen dit niet expliciet waren overeengekomen, kwalificeerde de Hoge Raad de vergoeding voor het vervoegd ter beschikking stellen van de koopsom als aftrekbare rente.²⁸ 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 is 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 koper, al aftrekbaar. 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.

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

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

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

27. 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.

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

Op grond van het vorenstaande 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. Israël;²⁹ anders mr. R.P. Kranenburg.³⁰

4.2.2 Overdrachtsbelasting

Dubbele verschuldigheid van overdrachtsbelasting speelt als het pand niet binnen zes maanden door de bank wordt doorverkocht aan de koper.³¹

Bij 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 ten minste de (prijs van de) tegenprestatie.³² 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 c.q. de (prijs van de) tegenprestatie. Indien, de winstopslag in fiscale zin geherkwalificeerd wordt als rente, maakt de winstopslag geen deel uit van de waarde c.q. tegenprestatie en zal hierover geen overdrachtsbelasting verschuldigd zijn.

In zijn bespreking van islamitische financieringsconstructies overweegt Kranenburg onder meer,³³ 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 insziens 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 gezinszins de bedoeling,

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

30. Ibid. Kranenburg.

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

32. Artikel 9 1^e lid WBR.

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

dat deze vergoeding, die apart wordt overeengekomen (en onder meer 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.

Ook op grond van de economische werkelijkheid dient dit onderdeel van de winstopslag fiscaal als de tegenprestatie van het ter beschikking stellen van de fondsen benodigd voor de aankoop van de woning te worden beschouwd. Het vormt niet de tegenprestatie voor de koop en levering van eigendom. Er is niet van rente geabstraheerd. De anders als verboden geldlening tegen rente te beschouwen transactie is getransformeerd in een toegestane handelstransactie met een winstelement.

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 c.q. tegenprestatie, zal hierover dus geen overdrachtsbelasting verschuldigd zijn. Bij een doorlevering door de bank aan de klant binnen 6 maanden, dient mijns inziens 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 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, c.q. kosten, c.q. 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 faciliteren.³⁴ In 2006 is deze afschaffing uitgebreid naar andere vormen van islamitische woningfinanciering.³⁵ Voor zover dat nog nodig zou zijn, zou ik pleiten voor eenzelfde pragmatische redenering in Nederland.

4.3 Overige aspecten

Wet op het financieel toezicht

Nieuwe aanbieders van islamitische financiële producten hebben met toezichtwetgeving zoals neergelegd in de Wet op het financieel toezicht³⁶ (hierna: 'Wft') te maken, onder meer 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.

34. Finance Act 2003.

35. Finance Act 2006.

36. 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.

Kan de Murabaha als kredietuitzetting in de zin van de Wft worden aangemerkt? Als sprake is van koop of afbetaling zal dit mogelijk niet als kredietuitzetting worden geïnterpreteerd.³⁷ In deze zin ook Bijkerk en Verhoef³⁸ en de Verkennende Analyse van de Nederlandsche Bank.³⁹ In het geval de islamitische financiële instelling uitsluitend contracten van 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 buiten de reikwijdte van de Wft vallen. Wel zou in dit geval de financiële instelling in aanmerking kunnen komen voor een vrijwillige bankvergunning.⁴⁰ Banken die al over een vergunning beschikken, mogen in beginsel islamitische financiële producten aanbieden, mits zij aan de toezichtseisen voldoen.⁴¹

Een andere belangrijke vraag is 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 lijkt 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 vallen,⁴² hetgeen betekent dat de consument die een dergelijke hypotheekvorm afsluit niet dezelfde bescherming geniet als de consument die voor een conventionele hypotheek kiest.⁴³ Doordat de conventionele hypotheek wel 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 er een zorgvuldige beslissing over kan nemen. Ten aanzien van de islamitische hypotheek geldt deze zorgplicht op grond van dit publiekrechtelijke toezicht van de aanbieder jegens de consument niet.

Zorgplichten volgen ook uit het civiele recht. Ook als de hypotheek op grond van publiekrechtelijke toezichtbepalingen niet als krediet kan worden aangemerkt, ligt het in de rede te veronderstellen dat aanbieders van dergelijke producten door de rechter onder meer aan de regels van overkreditering zullen worden gehouden. De aanbieder zal zich, om overkreditering te voorkomen, ervan dienen te vergewissen, dat de klant zal kunnen betalen.⁴⁴

37. Zie ook De Nederlandsche Bank, Kwartaalbericht juni 2007.

38. Ibid. Bijkerk en Verhoef.

39. Ibid. *Occasional Studies*, p. 27-37.

40. Ibid. De Nederlandsche Bank, Kwartaalbericht juni 2007.

41. Ibid. *Occasional Studies*, p. 28.

42. Ibid. *Occasional Studies*, p. 29.

43. Voor prudentieel toezicht, vereisten ten aanzien van de bedrijfsvoering en kapitaaltoereikendheid, en informatieverstrekking verwijs ik naar de *Occasional Studies* daar deze onderwerpen buiten het bestek van dit artikel vallen.

44. Zie hiervoor mr. K.W.H. Broekhuizen en mr. R.E. Labeur 'Verantwoorde kredietverlening aan consumenten', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2006-10.

5 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.

Het moet steeds duidelijk zijn dat het hier een ‘alternatieve’ financieringsmethode 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 verschaft. 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 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 dit islamitische financieringsproduct als kredietuitzettingen, in ieder geval als financiële product, te beschouwen, waardoor het ook onder de reikwijdte van de Wft valt en de islamitische geldlener in eenzelfde positie wordt gebracht als de conventionele geldlener.

In Engeland hebben de Britse wetgever, Belastingdienst en toezichthouder al sinds de jaren negentig 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 deze samenwerking bijvoorbeeld kunnen leiden tot het oprekken van de definitie van goederenkrediet, waardoor onroerende goederen⁴⁵ en daarmee islamitische hypotheekvormen onder de Wft zouden kunnen komen te vallen.

Niets lijkt de introductie van het *Murabaha* financieringsproduct in de weg te staan. Hooguit kan de koper van het gebruik van een dergelijk product afzien vanwege het feit dat de initiële kosten hoger zullen zijn dan bij de conventionele hypotheek,

45. Id. Occasional Studies.

onder meer als gevolg van het tweemaal overdragen van de eigendom (dubbele notariële kosten, dubbele kosten inschrijving kadaster).

In ieder geval is het belangrijk dat de overheid ‘probleemoplossend’ meedenkt.