

De belemmeringen van Islamitische onroerend goed financiering in Nederland

door

Barbara Mutsaers

ANR: 960806

Tilburg, juli 2009

Masterscriptie Nederlands Recht accent Privaatrecht

Universiteit van Tilburg

Departement Privaatrecht

Scriptiebegeleiding:

Mr. R.M. Wibier

Mr. J.A.A.M. Verschure

Voorwoord

Gedurende het schrijven van deze scriptie is mij regelmatig gevraagd waarom ik voor het onderwerp Islamitische financiering heb gekozen. Het is een zeer specifiek onderwerp dat nooit aan bod is gekomen gedurende mijn studie en zelf heb ik geen Islamitische achtergrond. Het idee voor dit onderwerp is ontstaan na een gesprek met de heer Wibier, wie mij in eerste instantie zou begeleiden bij mijn scriptie over een ander onderwerp op het gebied van insolventierecht. Het door mij destijds voorgestelde onderzoek werd te breed en ingewikkeld, waardoor ik na overleg heb gekozen om dat idee te laten varen. De heer Wibier kwam vervolgens met diverse suggesties, waarbij het onderwerp Islamitische financiering er voor mij meteen uitsprong. Zo had ik de week daarvoor een uitzending gezien over het onderwerp waarin werd beweerd dat Islamitisch banken niet of nauwelijks getroffen werden door de kredietcrisis. Hierdoor was mijn interesse met betrekking tot het onderwerp reeds gewekt, want wat was dan precies het 'geheim' van dit systeem en wat zijn de verschillen met het Nederlandse conventionele systeem. Bovendien zouden bij een onderzoek naar Islamitische financiering verschillende aspecten aan bod komen op gebieden waar mijn interesse naar uitgaat zoals het contracten- en insolventierecht. De definitieve keus voor het onderwerp Islamitische financiering was dan ook snel gemaakt.

Het enthousiasme waarmee ik aan dit onderzoek ben begonnen is nog steeds aanwezig. Hiervoor gaat mijn dank in eerste instantie uit naar de heer Wibier, die meteen bereid was mij te begeleiden bij mijn scriptie. Zijn bereidheid alsmede die van de heer Verschure, om ruim de tijd te nemen voor het beantwoorden van mijn vragen en het voorzien van mijn stukken van commentaar en suggesties, hebben mij zeer gestimuleerd en hebben bijgedragen aan de kwaliteit van mijn scriptie. Hiervoor dan ook mijn dank aan beide heren. Daarnaast wil ik de andere leden van de Circle Islamic Finance bedanken, welke gedurende dezelfde periode ook hun scriptie over het hoofdonderwerp hebben geschreven en de tijd hebben genomen om mijn stukken te beoordelen. Ten slotte wil ik mijn vriend, familie en vrienden bedanken voor de door hun getoonde interesse, steun en raad in de afgelopen maanden. Mede door jullie heb ik met plezier aan deze scriptie gewerkt.

Barbara Mutsaers

Juli 2009

Verklarende woordenlijst

<i>Ahadith</i>	Beschrijving van het leven van de profeet Mohammed
<i>Fatwa</i>	Uitspraak op basis van de <i>Sharia</i> inzake individuele vragen (juridisch advies)
<i>Faqha</i>	Rechtsgeleerde
<i>Fiqh</i>	1. De Islamitische rechtswetenschap waarmee de goddelijke bedoeling met de maatschappij achterhaald kon worden. 2. Het corpus van regels dat door deze wetenschap is ontwikkeld
<i>Gharar</i>	Onnodig risico of onzekerheid, welke verboden is wanneer deze excessief is en vermeden kan worden
<i>Halal</i>	Legaal
<i>Haram</i>	Zondig, alle activiteiten welke verboden zijn in de <i>Sharia</i> (zoals gokken, varkensvlees, alcohol)
<i>Ijara</i>	Islamitische financieringsconstructie welke vergelijkbaar is met de conventionele lease of huur
<i>Ijara wa-iqtina</i>	Islamitische financieringsconstructie welke vergelijkbaar is met de conventionele huurkoop
<i>Ijma</i>	Consensus van rechtsgeleerden
Islam	Godsdienst
<i>Kadi</i>	Islamitische rechter
<i>Koran</i>	Heilige boek voor Moslims
<i>Maisir</i>	Gokken
Moslim	Aanhanger van de Islam
<i>Mudaraba</i>	Vorm van kapitaalverschaffing waarbij partijen overeenkomen om winsten volgens een afgesproken verdeelsleutel. Verliezen komen commanditaire vennootschap
<i>Mufti</i>	Rechtsgeleerde welke <i>fatwas</i> uitvaardigt
<i>Murabaha</i>	Een opslagcontract. Een financier koopt ten behoeve van zijn klant een (on)roerende zaak. Vervolgens betaalt de klant dat bedrag, vermeerderd met een winstopslag voor de verleende diensten, aan de financier.
<i>Musharaka</i>	Een Islamitische financieringsconstructie waarbij tussen de financier en koper een samenwerkingsovereenkomst wordt gesloten. De joint venture koopt vervolgens de (on)roerende zaak. Financier en koper verkrijgen hier beide een constant permanent aandeel in
<i>Musharaka mutanagisa</i>	Een Islamitische financieringsconstructie waarbij tussen de financier en koper een samenwerkingsovereenkomst met afnemende participatie wordt gesloten. De joint venture koopt hierbij de (on)roerende zaak. Zowel financier als koper verkrijgt hierin een aandeel. De koper zal middels periodieke betalingen het

	aandeel van de financier overnemen, waardoor de participatie en eigendom van de financier afneemt
<i>Qiyas</i>	Redeneren volgens analogie
<i>Riba</i>	Ongerechtvaardigde verrijking, (woeker)rente. Deze mag niet worden betaald of geheven volgens de <i>Sharia</i>
<i>Sharia</i>	Islamitisch recht, gebaseerd op verschillende bronnen
<i>Sharia-raad</i>	Raad van theologische rechtsgeleerden die bepalen hoe de <i>Sharia</i> in voorkomende gevallen uitgelegd moet worden. Islamitische financiële instellingen hebben elk hun eigen raad
Sjiïeten	Na de sunnieten de tweede grote stroming binnen de Islam.
<i>Soenna</i>	Uitleg van de <i>Koran</i> aan de hand van uitspraken en gedragingen van de profeet Mohammed
Sunnieten	Aanhangers van een geloofsrichting die de meerderheid van alle Moslims vertegenwoordigt
<i>Wa'd</i>	Eenzijdige belofte
<i>Zakat</i>	(Verplichte) afdracht van een percentage van het eigen vermogen aan minderbedeelden

Veelgebruikte afkortingen

AFM	Autoriteit Financiële Markten
Awr	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BW	Burgerlijk Wetboek
DNB	De Nederlandsche Bank
Fw	Faillissementswet
FSA	Financial Services Authority
FSMA	Financial Services and Market Act 2000
IBB	Islamic Bank of Britain
RAO	FSMA (Regulates Activities) Order 2001
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SDLT	Stamp Duty Land Tax
TWHOZ	Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken
VK	Verenigd Koninkrijk
WBR	Wet op de belastingen van rechtsverkeer
Wet IB	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wft	Wet op het financieel toezicht

Inhoudsopgave

Inleiding.....	1
1.1 Ontstaan.....	3
1.2 <i>Sharia</i>	3
1.3 Beginselen	4
1.3.1 Verbod op <i>riba</i>	4
1.3.2 Verbod <i>gharar</i>	5
1.3.3 Verbod <i>maisir</i>	6
1.3.4 <i>Halal/Haram</i>	7
1.3.5 <i>Zakat</i>	7
1.4 <i>Sharia</i> -raad.....	7
2. Islamitische onroerend goed financieringsconstructies	8
2.1 <i>Murabaha</i>	9
2.2 <i>Ijara wa-iqtina</i>	10
2.3 <i>Musharaka mutanagisa</i>	11
3. Civielrechtelijke aspecten van Islamitische financiering	12
3.1 <i>Wa'd</i>	12
3.2 Juridische analyse Islamitische constructies.....	13
3.2.1 <i>Murabaha</i> -constructie	13
3.2.1.1 Reguliere koopovereenkomst.....	14
3.2.1.2 Huurkoop.....	15
3.2.2 <i>Ijara wa-iqtina</i> -constructie.....	17
3.2.2.1 Huurkoop.....	17
3.2.2.2 Recht van erfpacht	17
3.2.2.3 Recht van vruchtgebruik.....	18
3.2.3 <i>Musharaka mutanagisa</i> -constructie	19
3.2.3.1 Overeenkomst tot gemeenschap.....	19
3.2.3.2 Maatschapscontract	21
3.3 Insolventierisico	23
3.4 Geschilbeslechting	25
4. Toezichtsaspecten.....	26
4.1 Verplichte of vrijwillige vergunning	26
4.2 Toezicht(svereisten).....	29
5. Fiscale aspecten.....	33
5.1 Renteaftrek.....	33
5.2 Overdrachtsbelasting.....	36
6. Conclusie.....	39

Bijlage 1 Overzicht Islamitische contracten ter financiering van onroerend goed	41
Bijlage 2 Schema's Islamitische financieringsconstructies	42
Bijlage 3 SDLT wijzigingen in detail	43
Literatuurlijst	45

Inleiding

Alle handelingen van Moslims dienen in overeenstemming te zijn met de uitgangspunten van de *Sharia*. De *Sharia* is geen wetboek zoals de Westerse samenleving dit kent, maar een religieuze plichtenleer. Bij Islamitische financiering wordt er dus gekozen voor een juridische constructie welke zowel in overeenstemming met de nationale wetgeving als de beginselen van de *Sharia* is.

Islamitische financiering begon in 1964 op kleine schaal met de opening van de Misr-Ghams spaarbank in Egypte.¹ Sinds 2000 is Islamitische financiering echter wereldwijd sterk in opkomst. Met als gevolg dat Islamitische financiering geen nichemarkt meer is, maar is uitgegroeid tot een hoofdmarkt, welke allang niet meer beperkt is tot alleen de Arabische wereld. In Europa vormt het Verenigd Koninkrijk (VK) een belangrijke markt voor Islamitisch financieren. Het VK staat als het enige Westerse land in de top tien van landen die zich bezig houden met Islamitisch vermogensbeheer.² Ondanks dat het VK al 30 jaar Islamitische financiële diensten verleent, heeft Islamitische financiering vooral de afgelopen zes jaar een enorme groei doorgemaakt.³ In 1995 erkende de toenmalige Governor (president) of the Bank of England (de centrale bank van het VK) Edward George het grote potentieel van Islamitische financiering op basis van twee redenen; een sociale en economische reden.⁴ De sociale reden is het aantal Moslims dat het VK telt, namelijk rond de 1,8 miljoen Moslims, wat 3 procent van de gehele Britse bevolking is. De tweede, een economische reden, was de wens om London te ontwikkelen tot een wereldwijd centrum voor financiële markten van het Midden-Oosten, Noord-Afrika en andere moslimlanden in de wereld.⁵ Howard Davies, destijds Chairman (voorzitter) van de Financial Services Authority (FSA), zag ook voordelen zoals innovatie en diversiteit op de markt en zette de benadering van George voort.⁶ Dit heeft geleid tot het Britse overheidsbeleid om de ontwikkeling van Islamitische financiële diensten te stimuleren door het wegnemen van de destijds aanwezige wettelijke belemmeringen. Hierbij werd in het bijzonder gericht op Islamitische onroerend goed financiering.⁷ Met als gevolg dat het VK thans drie volledig Islamitische banken en 25 conventionele banken met een Islamitische financieringsafdeling ('Islamic window') telt.⁸ Dit is vier keer meer dan ieder ander land in Europa.⁹

Vanuit de Nederlandse politiek is er ook interesse in de mogelijkheden om Nederland te doen uitgroeien tot een van de financiële centra op het gebied van Islamitische financiering.¹⁰ Nederland heeft hiertoe potentie in verband met de gunstige fiscale voordelen voor financieringen.¹¹ Daarnaast telt Nederland op het moment 1 miljoen Moslim, wat ongeveer 6% van de bevolking is. Cijfers van het

¹ Valibeigi 1993, p. 794.

² The Banker 2008, p. 8-9.

³ In die tijd vonden Islamitische financiële diensten slechtst op beperkte schaal plaats aangezien deze producten in verschillende opzichten nogal ongunstig waren vergeleken met hun conventionele equivalenten. Ainley e.a. 2007, p. 6.

⁴ Sir. Edward George deed dit in zijn speech van september 1995. Briault 2007; Aldus ook HM Treasury 2008, p. 10.

⁵ McCarthy 2006; Ainley e.a. 2007, p. 3.

⁶ George 2003; Briault 2007.

⁷ In dit kader introduceerde de Bank of England samen met de Her Majesty's Treasury (ministerie van Financiën) in 2001 een werkgroep, onder leiding van George. Welke vervolgens een onderzoek verrichtte naar de barrières van Islamitische financiering en in het bijzonder de onroerend goed financiering. Briault 2007; HM Treasury 2008, p. 10.

⁸ Waaronder Arab Banking Coöperation, Barclays Bank, BNP Paribas, Deutsche Bank, HSBC Amanah, Lloyds TSB, UBS.

⁹ Zo heeft Zwitserland er vijf en Frankrijk en Luxemburg tellen ieder vier banken. IFSL Research 2009, p. 3-8.

¹⁰ Antwoord van de Minister van Financiën van 23 juli 2007.

¹¹ Aldus Loyens & Loeff 2009; Tjittes 2008, p. 136.

Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) laten daarnaast zien dat het aantal Moslims als percentage van de Nederlandse bevolking in 2020 zal toenemen tot 7%. Daarnaast zal naar verwachting ook het opleidingsniveau en daarmee het inkomen van Moslims de komende jaren toenemen. Hierdoor zal de behoefte aan adequate financiële producten toenemen.¹² Dit marktpotentieel wordt gezien door zowel gevestigde als nieuwe financiële ondernemingen en ook zij tonen interesse in Islamitische financieringsconstructies, met name ter financiering van onroerend goed.¹³ Zo hebben in 2004 en 2006 ABN AMRO en de Rabobank een onderzoek verricht naar de potentie van Islamitische financiering in Nederland. In het onderzoek van de Rabobank werd de potentiële vraag naar Islamitische hypotheekproducten in 2006 op circa 200.000 huishoudens geschat.¹⁴ De Rabobank introduceerde direct hierna de *halal*-hypotheek. Deze hypotheekvorm bestond echter al als initiatief van de Leidse Bank Bilaa-Riba Islamic Finance. Beide producten kwamen desondanks niet van de grond, vanwege de belemmeringen in Nederland voor Islamitische financieringsproducten. Na overleg met de Belastingdienst beëindigden beide ondernemingen hun initiatief.¹⁵ Momenteel zijn er in Nederland geen financiële producten op de markt welke in overeenstemming zijn met de *Sharia*. De belangstelling voor Islamitische financieringsproducten is evenwel blijven bestaan en is gezien de huidige kredietcrisis alleen maar toegenomen. Zo stellen Westerse economen dat zowel de Islamitische banken als de conventionele banken die Islamitische financieringsproducten op de markt brengen, minder hinder ondervinden aan de kredietcrisis en zij hooguit last hebben van de recessie in de reële economie.¹⁶

Probleemstelling en subvragen

Gezien het bovenstaande zal in dit onderzoek gekeken worden welke belemmeringen er voor Islamitische onroerend goed financiering in Nederland zijn en hoe deze belemmeringen kunnen worden weggenomen. Hierbij zal gekeken worden naar de Britse ervaringen die op dit gebied zijn opgedaan. Deze studie zal zich beperken tot de financiering van onroerend goed door consumenten, omdat uit onderzoek blijkt dat hiervoor in Nederland de meeste belangstelling bestaat.¹⁷

Alvorens tot de daadwerkelijke belemmeringen te komen van Islamitische financiering van onroerend goed in Nederland, wordt in hoofdstuk 1 eerst een beschrijving van Islamitische financiering gegeven. Hierbij komen in het bijzonder de uitgangspunten en de rol van de zogenoemde *Sharia*-raad aan bod. In hoofdstuk 2 worden de meest voorkomende Islamitische constructies ter financiering van onroerend goed behandeld. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 een juridische analyse van deze Islamitische financieringsconstructies weergegeven. Hierbij zal aan bod komen op welke wijze de constructies onder het Nederlandse civiele recht kunnen worden vormgegeven en wat daarvan de gevolgen zijn. Daarnaast worden de risico's van Islamitische financieringsconstructies en de mogelijkheden tot beperking hiervan besproken. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij de ervaringen die

¹² Bijkerk & Verhoef 2008, p. 27-28 en Verhoef, Azahof & Bijkerk. 2008, p. 22-24.

¹³ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 7.

¹⁴ Parool 2006.

¹⁵ <www.bilaa-riba.nl>, laatst geraadpleegd 7 juli 2009

¹⁶ Kuitert 2009.

¹⁷ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 7.

op dit gebied zijn opgedaan in het VK. Tot slot zal in dit hoofdstuk de mogelijkheden worden weergegeven die het Nederlandse civiele recht biedt om bij geschilbeslechting de overeenkomst aan de *Sharia* te toetsen. In hoofdstuk 4 worden de aspecten van toezicht bij Islamitische financiering behandeld. Hierbij zal aandacht uitgaan naar de vergunningverlening door en het toezicht van De Nederlandsche Bank (DNB) en Autoriteit Financiële Markten (AFM). Bij de aandachtspunten die op dit gebied rijzen, zal aansluiting worden gezocht bij het beleid dat de FSA en de Britse overheid op dit punt hebben ontwikkeld. De fiscale aspecten van Islamitische onroerend goed financiering worden in hoofdstuk 5 behandeld. Onderdelen als de renteaftrek en overdrachtsbelasting spelen hierbij een rol. Tevens worden de gedane wijzigingen in het VK in acht genomen bij het doen van aanbevelingen. In hoofdstuk 6 zal tot slot de conclusie volgen. Hierin zal worden vastgesteld dat er mijn inziens op het moment noch fundamentele civielrechtelijke noch fiscale belemmeringen bestaan om Islamitische onroerend goed financieringsproducten op de Nederlandse markt aan te bieden. Indien de regelgeving op een aantal punten zal worden aangepast kunnen nadelen worden weggenomen en worden de mogelijkheden voor Islamitische onroerend goed financiering uitgebreid.

1. Islamitische financiering

1.1 Ontstaan

Rond 1941 ontstond bij een groep Islamitische Indiërs het concept van een eigen Islamitische economie. Deze (geleerden) betoogden dat moslims recht hadden op culturele autonomie en een eigen staat. Maulana¹⁸ Sayyid Abu'l-A'la Maududi behoorde tot deze groep. Volgens verschillende auteurs kan dan ook gesteld worden dat Maulana Maududi het idee van een Islamitische economie heeft geïntroduceerd.¹⁹

Voor Moslims is een eigen Islamitische economie, welke gebaseerd is op de voorschriften van de *Sharia*, de Islamitische religieuze plichtenleer, een manier om hun eigen identiteit te bewaren of te herstellen tegenover het kapitalistische Westen en het communistische Oosten. Islamitische financiering wordt dan ook gezien als een manier om Islamitische principes over de economie om te zetten naar de praktijk.²⁰

1.2 Sharia

Het Islamitisch financieren verschilt van conventioneel financieren. Het belangrijkste verschil is dat alle handelingen van Moslims in overeenstemming dienen te zijn met beginselen van de *Sharia* (letterlijk 'de weg naar de bron van het leven'). De *Sharia* verwijst naar de religieuze plichtenleer die het menselijk handelen in wereldse en religieuze zaken bepaalt, zowel in de relatie van mensen onderling als van mens tot God.²¹ Volgens Usmani leiden deze beginselen tot (een cumulatief effect van)

¹⁸ 'Maulana' is een titel van een geleerde in landen zoals India en Pakistan.

¹⁹ Kuran 1996; Visser 2004, p. 12.

²⁰ Visser 1998, p. 402.

²¹ Lewis & Algaoud 2001, p. 16; Verhoef e.a. 2008 p. 9.

evenwichtshandhaving en gelijkheid van kansen. Dit in tegenstelling tot het conventioneel financieren, waarbij winst en eigendom bepalende factoren zijn voor economische beslissingen.²²

De *Sharia* is opgebouwd uit verschillende bronnen, waarbij de *Koran*, *Soenna* en *Ahadith* de primaire bronnen vormen. De *Koran* is het heilige boek van de Moslims. Het is geen pure wettekst, maar bevat ongeveer 500 bevelen van wettelijke aard.²³ De *Soenna* is de uitleg van de *Koran* aan de hand van uitspraken en gedragingen van de profeet Mohammed. Daarnaast is de *Ahadith* een beschrijving van het leven van de profeet Mohammed.²⁴ De keuze voor een van de tienduizenden *Ahadiths* is bepalend voor de uitleg, *fiqh*, wat jurisprudentie betekent.²⁵ Indien de primaire bronnen geen expliciete regel geven, zijn de secundaire bronnen van belang. Een rechtsgeleerde (*faqha*) zal in dat geval door middel van interpretatie op grond van ratio en analogie rechtsregels moeten afleiden uit bestaande regels en beginselen.²⁶ Bovendien zijn ook uitspraken van de Islamitische rechter (*kadi*) van belang. De Islamitische rechter zal bij zijn beslissing gebruik maken van uitspraken over abstracte casus van rechtsgeleerden (*mufti's*). Deze adviezen op schrift worden *fatwas* genoemd.²⁷

1.3 Beginselen

De *Sharia* is in beginsel geen wetboek zoals het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, maar geeft slechts gedragsregels en beginselen welke in acht dienen te worden genomen bij handel en transacties. Het verbod op *riba*, *gharar* en *maisir* zijn hiervan de meest bepalende factoren als het gaat om de definiëring van ongeldige en zonder juridische rechtskracht hebbende contracten in de Islamitische wereld. Daarnaast kent de *Sharia* twee basisbeginselen welke in acht dienen te worden genomen bij financiële commerciële transacties in het bijzonder, namelijk het *halal*- en *zakat*-beginsel.²⁸

1.3.1 Verbod op *riba*

Het meest bekende *Sharia*-beginsel is het verbod op *riba* in alle transacties.²⁹ Dit verbod is als zodanig algemeen aanvaard, maar de interpretatie en de reikwijdte ervan niet. In de literatuur wordt *riba* vaak vrij vertaald als rente, maar wat precies onder *riba* wordt verstaan wordt niet gedefinieerd in de *Koran*. Hierdoor is er geen eenduidigheid over de vraag of *riba* alle vormen van rente verbiedt of slechts op woekerreente ziet.³⁰ In de meeste literatuur wordt *riba* gezien als elke toename, vermeerdering of toevoeging.³¹ Deze definitie zal in deze studie dan ook worden gehanteerd.

²² Usmani 2002, p. xiv.

²³ Dawood 1990, p. IX; Lewis & Algaoud 2001, p. 21.

²⁴ Een *Ahadith* bestaat uit een normatief oordeel (een regel, uitspraak of handeling van de profeet Mohammed) en de schakels van bronnen waarop zij berusten. Hierdoor kunnen *Ahadiths* verschillen in interpretatie. Glenn 2004, p. 172.

²⁵ Visser 2004, p. 16.

²⁶ Dit wordt *qiyas* genoemd. De redenering bij wijze van analogie is in de Islam een bron van recht, waardoor meningsverschillen (*ikhtilaf*) tussen erkende rechtsgeleerden worden geaccepteerd. Zodra erkende rechtsgeleerden op een bepaald punt overeenstemming bereiken (*ijma* of *idjma*), dan heeft hun oordeel absolute autoriteit.

²⁷ Glenn 2004, p. 175 e.v.; Tjittes 2008, p. 138; Cragg 1964, p. 145; Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 11.

²⁸ Vogel & Hayes 1998, p. 41; Ayub 2007, p. 43-64.

²⁹ Dit verbod is opgenomen in de *Koran*; *Sura* 2:275, 276, 278, *Sura* 3:130, *Sura* 30:39 en *Sura* 4:161. Visser 2004, p. 20.

³⁰ Dit vloeit voort uit het feit dat de Arabische taal oorspronkelijk geen klinkers kent. Liberale denkers zijn van mening dat *rb* is afgeleid van *arba*, dat woeker betekent. Hierdoor zou slechts woekerreente verboden zijn en niet de 'normale' interest mits

De *Sharia* acht het gebruik van instrumenten op basis van *riba* onrechtvaardig, omdat voor het gebruik van krediet een bepaald rendement wordt overeengekomen zonder dat daarbij een aanvaarding of verdeling van de commerciële risico's aan vooraf is gegaan. De kredietverstrekker ontvangt in dat geval rendement, terwijl alle risico's bij de kredietvrager liggen.³² Deze onevenwichtigheid wordt door de Islam als bijzonder belastend en oneerlijk ervaren voor de kredietvrager en druist in tegen de Islamitische opvatting van inkomens- en risicoverdeling.³³ Daarnaast speelt de angst voor sterke concentratie van rijkdom bij slechts enkelen, waardoor deze meer macht zouden verkrijgen een rol bij het verbod op *riba*.³⁴

Het *ribaverbod* omvat twee vormen. Bij de eerste vorm, *riba al-nasia*, gaat het om *riba* als een manier van opschorting of uitstel van betaling. Deze vorm ontstaat door een ruil waarbij de tegenprestatie later plaatsvindt. Hiervoor moet een vooraf overeengekomen rentebetaling op een lening van geld of goederen worden betaald. In de Westerse wereld vormt deze constructie de basis van het conventionele financiële systeem, maar is vanuit ieder Islamitisch oogpunt absoluut verboden.³⁵ De tweede categorie is de *riba al-fadl*, wat gezien kan worden als een gelijktijdige ruil met ongelijke zaken, kwaliteiten of hoeveelheden. Volgens de *Ahadith* is het namelijk enkel toegestaan om gelijke eenheden tegen elkaar te ruilen, zoals goud tegen goud.³⁶ Hieruit kan worden opgemaakt dat *riba* meer is dan enkel een betaling van een op voorhand vastgesteld bedrag voor een krediet of een lening. Het concept van *riba* dekt naast geldleningen namelijk ook de transactie van goederen. Daarnaast refereert het aan een surplus, welke in geld of een alternatieve vorm gegoten kan worden. Dit betekent echter niet dat een financier geen tegenprestatie mag ontvangen voor zijn werkzaamheden. Voorwaarde is dat hij op de een of andere manier deelt in het risico van de transactie die met het geleende geld wordt verricht.³⁷

1.3.2 Verbod *gharar*

El-Gamal stelt dat het verbod op *gharar* het beste gezien kan worden als een verbod op handel in risico (*khadir*). *Gharar* wordt daarnaast ook wel vertaald met kans of onzekerheid.³⁸ De gedachte achter dit verbod is het beschermen van de zwakke partij tegen de exploitatie door de sterke partij. Zo zouden 'naïeve plattelandsbewoners' bedrogen kunnen worden door 'slimme stedelingen', doordat bij hen exacte kennis over bijvoorbeeld een redelijke tegenwaarde van de transactie ontbreekt.³⁹ Dit kan

deze redelijk is. De meer orthodoxe denkers daarnaast zijn van mening dat *riba* van het Arabische woord *raba* is afgeleid, wat het vergroten van welvaart betekent. Hierdoor menen zij dat het bedingen van elke vorm van rente verboden is. Uzair 1978, p. 4; Ahmad 1993; Rahman 1964, p. 6; Ulgener 1967, p. 11-14; Tjittes 2008, p.139.

³¹ In dat geval wordt *riba* afgeleid van de in Koran genoemde wortel van r-b-w, wat de betekenis van groei, stijgen en toenemen heeft. Lewis & Algaoud 2001, p. 34; Saeed 1996, p. 20.

³² Zo speelt er bijvoorbeeld het risico van teniet gaan van de zaak.

³³ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 9; Visser 2004, p. 20.

³⁴ De Islamitische filosofie geeft dan ook de voorkeur aan ruilen en risicoverdeling. Eekelen 1992, p.3; Mohammed 2008.

³⁵ Hassan & Lewis 2007, p. 43.

³⁶ Twee pond dadels van mindere kwaliteit ruilen tegen een pond van betere kwaliteit mag dus niet.

³⁷ Visser 2004, p. 22; Tjittes 2008, p. 140.

³⁸ Dit verbod is opgenomen in passage 2:90 en 91 van de Koran en in de *Ahadith*; El-Gamal 2001, p. 58-60.

³⁹ Saleh 1986, p. 49.

worden voorkomen door onzekerheid te vermijden. Het beginsel van *gharar* impliceert dan ook dat contractspartijen precies van elkaar moeten weten wat de tegenwaarde van de transactie is.

Er gelden drie vereisten voor het *gharar*verbod. Zo dient er ten eerste sprake te zijn van een wederkerige rechtsbetrekking. Ten tweede moet de *gharar* excessief zijn, wil het een overeenkomst ongeldig maken. Of een onzekerheid buitensporig is zal moeten worden beoordeeld aan de hand van een kosten-baten analyse. Tot slot leidt het verbod van *gharar* in beginsel tot nietigheid, indien de onzekerheid betrekking heeft op de kernelementen van een overeenkomst.⁴⁰ Een verkoop van de zaak waarover de verkoper geen controle heeft, zoals een contract waarbij geen prijs of datum van levering is vastgesteld, valt onder het verbod van *gharar*. Op dit verbod bestaan twee uitzonderingen waarbij *gharar* voorziet in een bepaalde noodzaak en daardoor geoorloofd is.⁴¹ De eerste uitzondering betreft *bai-salam* contracten. Hier gaat het om transacties waarbij de prijs vooraf wordt betaald en de levering vastgesteld wordt op een (nog niet vastgestelde) toekomstige datum. Het toekomstige bestaan van de transactie, zoals bij een landbouwogst, is onzeker, maar de landbouw zou zeer te lijden hebben als deze vorm van transactie niet zou mogen. De tweede uitzondering is het fenomeen van *istisna*, wat de commissie is van de vervaardiging of bouw van een zaak. Hierbij is een gedeelte van de prijs vooraf betaald. *Istisna* is in de Moslimse jurisprudentie *halal* verklaard. Zo komt deze vorm vaak voor in de bouwindustrie en speelt de noodzaak voor ondernemen en gelijkheid hierbij een rol.⁴²

1.3.3 Verbod *maisir*

Het verbod op *maisir* of *maysir* omvat de ontmoediging van speculatie of gokken.⁴³ *Maisir* is verboden omdat slechts op basis van geluk of een kans, geld of een andere vorm van winst wordt behaald. Hierdoor wordt voordeel behaald zonder dat daarvoor inspanning is verricht, wat in strijd is met de Islamitische denkwijze over rechtvaardigheid en billijkheid.⁴⁴ Alle overeenkomsten gebaseerd op *maisir* zijn dan ook verboden.

Conventionele contracten van verzekering worden gezien als een verwant aan kansspelen en zijn daarom volgens Islamitisch recht verboden. Het grootste bezwaar hiertegen is dat tot dat de onvoorziende gebeurtenis zich daadwerkelijk voordoet, beide partijen niet weten wat hun rechten en verplichtingen zijn. Daarnaast zijn er conventionele verzekeringsmaatschappijen betrokken bij ondernemingen welke naar Islamitisch oogpunt handelen in verboden zaken (*haram*). Het enige type verzekering welke wel geoorloofd is door de *Sharia* is een wederkerige of een gezamenlijke verzekering (de *takaful*). Deze alternatieve overeenkomst dient gebaseerd te zijn op vrijwillige bijdrage en medewerking.⁴⁵

⁴⁰ Hierbij gaat het om het eindresultaat van een contract, de aard, kwaliteit en/of specificaties van de zaak van de overeenkomst, de rechten en verplichtingen van de partijen, het eigendom en levering van de zaak.

⁴¹ Tjittes 2008, p. 140.

⁴² Saleh 1986, p. 61.

⁴³ Dit verbod is opgenomen in passage 5:90 en 91 van de *Koran* en in passage 2:219 van de *Soenna*.

⁴⁴ Ayub 2007, p. 112.

⁴⁵ Lewis & Algaoud 2001, p. 32.

1.3.4 Halal/Haram

Een van de belangrijkste economische beginselen is het beginsel dat ondernemen en investeringen gedaan moeten worden op basis van *halal* activiteiten dat neerkomt op legale en toegelaten activiteiten. Men mag bijvoorbeeld geen zaken doen in verboden, onreine producten en diensten, (deze worden *haram* genoemd), zoals alcohol, tabak, varkensvlees, gokken, wapenhandel, prostitutie of met bedrijven die in strijd met de *Sharia* handelen.⁴⁶ Het feit dat Islamitische financiële ondernemingen hierdoor enkel zaken mogen doen met ondernemingen die de *Sharia* eerbiedigen, maakt dat conventionele ondernemingen in beginsel buiten de boot vallen. Indien dit niet mogelijk is, mogen Islamitische onderneming bij uitzondering uitwijken naar ondernemingen die de *Sharia* niet eerbiedigen.⁴⁷ Daarnaast mag zaken worden gedaan met 'Islamic windows' van conventionele ondernemingen. In dat geval heeft de onderneming een orgaan c.q. rechtspersoon opgericht, die onafhankelijk van de moederinstelling opereert en zich uitsluitend richt op Islamitische financiering.⁴⁸

1.3.5 Zakat

Een ander belangrijk principe in de Islamitische economie is *zakat*. *Zakat* is het afdragen van een percentage van het eigen vermogen aan minderbedeelden en is een religieuze plicht van iedere Moslim.⁴⁹ Zo wordt het voldoen van *zakat* beschouwd als een reiniging van de ziel en wordt niet-nakoming aangemerkt als vorm van afvalligheid.⁵⁰ Het is een van de belangrijkste instrumenten van de Islam in zijn streven naar verdeling van de rijkdom, waardoor iedere Moslim gegarandeerd is van een redelijke levensstandaard. Er zijn twee vormen van *zakat*; de verplichte belasting en de vrijwillige aalmoes. Het algemeen geaccepteerde bedrag van de verplichte *zakat* is één veertigste deel van de activa over een geheel jaar. In sommige landen wordt deze verplichte belasting geïncasseerd door de staat. Waar dat niet het geval is, dient iedere Islamitische financiële onderneming een *zakat*-fonds op te richten om *zakat* te collecteren en te verdelen onder de hulpbehoevenden of onder andere religieuze organisaties. Deze verplichting is vastgelegd in het Handboek van Islamitische banken.⁵¹ Bij de vrijwillige vorm van *zakat* kan gedacht worden aan aalmoezen en donaties.⁵²

1.4 Sharia-raad

Kenmerkend aan de plichten waaraan Islamitische financiële producten dienen te voldoen is dat er geen alom geaccepteerde gezagstructuur bestaat die uitsluitel geeft over de inhoud en interpretatie

⁴⁶ Tjittes 2008, p. 140.

⁴⁷ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 10.

⁴⁸ De *halal* en *haram* geldstroom dienen hierbij volledig gescheiden te zijn. Alleen op deze wijze kan de onderneming waarborgen dat de gescheiden juridische entiteit aan de eisen van de *Sharia* voldoet. Deze vorm is zeer populair in het VK, waar thans 25 Islamic Windows zijn. Kranenborg & Talal 2007, p. 1264; Sheikh Nizam Yaqubi 2000; Briault 2007.

⁴⁹ Handbook of Islamic Banking 1986, p. 19-24; Lewis & Algaoud 2001, p. 29-30.

⁵⁰ Berger 2006, p. 54; Tyan 1999, p. 171.

⁵¹ Handbook of Islamic Banking 1986 p. 19-24; Lewis & Algaoud 2001, p. 29-30.

⁵² Berger 2006, p. 51.

van de *Sharia*. Het gebrek aan uniformiteit in de toepassing van de *Sharia* heeft ertoe geleid dat Islamitische financiële ondernemingen hun eigen *Sharia*-raden met *Sharia*-geleerden hebben opgericht.⁵³ De onafhankelijke internationale organisatie Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Instruments heeft standaarden opgesteld met daarin alle regels en plichten voor *Sharia*-raden.⁵⁴

De rol van de *Sharia*-raad is vergelijkbaar met de rol van een raad van toezicht bij een conventionele financiële instelling.⁵⁵ Zo omvat de rol van de *Sharia*-raad het besturen, beoordelen en controleren van alle activiteiten die de financiële onderneming verricht met als doel zich ervan te verzekeren dat deze in overeenstemming is met de *Sharia*. Het gaat hier om periodieke toetsing van producten, diensten en het gehele bedrijfsproces, waaronder het productontwikkelingsproces, de financieringsmethode, het verkoopproces en de administratieve afhandeling.⁵⁶ In deze raad neemt een oneven aantal *Sharia*-geleerden plaats, met een minimum van drie leden. Ieder lid beschikt over diepgaande kennis van de *Sharia* en bij voorkeur over kennis van financiële producten. Dit mogen bovendien geen directeuren of aandeelhouders van de financiële onderneming zijn in verband met belangenverstrengeling. De *Sharia*-raad beslist bij meerderheid van stemmen.⁵⁷ Indien de *Sharia*-raad een financieel product of dienst goedkeurt, verstrekt zij een goedkeuringsrapport (*fatwa*) aan de onderneming. De *fatwa* bevat de argumentatie van de raad en beschrijft de *Sharia*-regels die ten grondslag liggen aan de contractuele constructie. Daarnaast worden eventuele afwijkende meningen vastgelegd. In de praktijk doet deze situatie zich geregeld voor, aangezien een *Sharia*-raad haar uitspraken kan baseren op verschillende Islamitische stromingen. Zo bestaan er wereldwijd tiental stromingen, waaronder vier Soennitische en twee Sjiitische, uiteenlopend van uiterst liberaal tot uiterst conservatief. Dit kan tot gevolg hebben dat de ene *Sharia*-raad een product *Sharia*-conform acht en een andere *Sharia*-raad niet, doordat zij een andere interpretatie toepast. Voor veel Islamitische producten is echter voldoende consensus bereikt over de *Sharia*-compliance. Bovendien bestaan er initiatieven om verdere consensus te creëren op dit gebied.⁵⁸

2. Islamitische onroerend goed financieringsconstructies

Westerse conventionele producten ter financiering van onroerend goed zijn niet in overeenstemming met de *Sharia*.⁵⁹ De beperkingen die de *Sharia* heeft opgelegd hebben daarom geleid tot een breed scala van Islamitische financieringsconstructies. Elke opsomming van deze *Sharia*-conforme contractsvormen is niet limitatief van aard, doordat binnen de Islam contractsvrijheid algemeen

⁵³ Zamir Iqbal 1997.

⁵⁴ Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Instruments Sharia Standards; Ayub 2007, p. 387; El-Gamal 2006, p. 7.

⁵⁵ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 13.

⁵⁶ Ayub 2007, p. 387.

⁵⁷ Sinke 2007.

⁵⁸ Zoals die van de Islamic Financial Services Board en de Accounting en Auditing Organization for Islamic Financial Institutions. Thomas 2005; Sinke 2007; Hooft & Muller 2008, p. 2.

⁵⁹ In Nederland worden de hypothecaire geldlening, huurkoop, leasing, groeiende eigendom en levering onder voorwaarde gebruikt ter financiering van onroerend goed. De rente die bij deze constructies aan de financier moet worden betaald is in strijd met de *Sharia*. Het verbod op *gharar* en *maisir* zijn niet direct relevant bij onroerend goed financiering. Asser/Mijnssen e.a. 2003 (3-III), p. 178; Hooft & Muller 2008, p. 1.

aanvaard word. Gemeenschappelijk en eigen aan alle constructies zijn de deelneming in het eigendom, risicodeling en de winst- en verliesdeling.⁶⁰ Looptijden, risico's en doeleinden verschillen echter per constructie.⁶¹ In deze studie zullen de meest voorkomende Islamitische constructies ter financiering van onroerend goed worden besproken. Dit zijn de *murabaha*, *ijara wa-iqtina* en *musharaka mutanagisa*.⁶² Deze zijn schematische weergegeven in bijlage 1 en 2.

2.1 Murabaha

Meer dan 75% van de Islamitische financiering vindt plaats in een *murabaha*-constructie.⁶³ Dit komt doordat deze constructie voor verschillende financieringen gebruikt kan worden, zoals de financiering van onroerend goed, transportmiddelen maar ook ter financiering van ondernemingen.⁶⁴

Naar haar aard is een *murabaha*-contract een handelsovereenkomst, waarbij twee transacties plaatsvinden.⁶⁵ Eerst zal de partij die het onroerend goed uiteindelijk wenst te kopen, nadat hij overeenstemming heeft bereikt met de verkoper over de koopprijs, zich tot een financier wenden. Deze financier sluit vervolgens een koopovereenkomst met de verkoper van de onroerende zaak (de eerste transactie). De financier zal de koopprijs voldoen en het eigendom van de onroerende zaak verkrijgen. De tweede transactie vindt plaats wanneer de financier de onroerende zaak direct doorverkoopt aan de koper. De koper dient hiervoor een vooraf overeengekomen koopsom waarin een winstopslag is verwerkt te voldoen.⁶⁶ Dit kan in zijn geheel (lumpsum), maar ook verdeeld over vaste termijnen. In beginsel zal het juridisch eigendom van de onroerende zaak kort na de aankoop door de financier worden doorgeleverd aan de uiteindelijke gerechtigde koper. Het is echter optioneel dat de financier het juridische eigendom behoudt en pas overdraagt wanneer de laatste verschuldigde termijn door de koper is voldaan.⁶⁷

Voor de geldigheid van een *murabaha*-overeenkomst en ter voorkoming van *gharar* noemt de *Sharia* een aantal vereisten die nadrukkelijk dienen te worden vastgelegd in de overeenkomst. Het betreft hier de volgende vereisten (1) de betreffende zaak moet eigendom van de verkoper zijn; (2) de koop/verkoop moet onvoorwaardelijk zijn; (3) de koopprijs waarin de opslag is verwerkt moet vaststaan en (4) de hoogte van de betalingstermijnen dienen vast te staan.⁶⁸

Doordat de koopsom inflexibel is, is hierdoor enerzijds de verlenging van de contractsduur in beginsel verhinderd. Zo zal bij uitstel in tijd, de winstopslagcomponent qua volume toenemen. Dit is in strijd met het uitgangspunt van de *Sharia* waarin een 'vaste' koopsom tot zekerheid dwingt. Het is daarnaast geen optie om verdragingsrente gescheiden te verrekenen, omdat het dan een pure *riba* betreft. Anderzijds verhindert de inflexibiliteit van de koopsom in beginsel ook de mogelijkheid tot

⁶⁰ Sinke 2007, p. 16, Kranenborg & Talal 2007, p. 1260.

⁶¹ El Hawary, Grais & Iqbal 2004, p. 7.

⁶² Vogel & Haues 1998; Visser 2004.

⁶³ Zamir Iqbal 1997, p. 40; El Idrissi 2008, p.39, noot 5.

⁶⁴ Visser 2004, p. 33.

⁶⁵ El Hawary, Grais & Iqbal 2004, p. 7.

⁶⁶ Voor het berekenen van in de koopsom verwerkte winstopslag bestaat geen Islamitische formule of grondslag.

⁶⁷ Kranenborg & Talal 2007, p. 1260, Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 16.

⁶⁸ El Idrissi 2008, p. 39.

vervroegd aflossen. Zo is de *murabaha*-overeenkomst in beginsel niet tussentijds opzegbaar. Partijen kunnen wel anders overeenkomen, bijvoorbeeld in het geval de koper de onroerende zaak tussentijds wil verkopen of een gedeelte van het restbedrag vervroegd wil aflossen. De vooraf overeengekomen koopprijs waarin de winstopslag is geabstraheerd, staat een eventueel recht op korting of compensatie wel in de weg.⁶⁹

De winstopslag is geen andere term voor rente, zoals die berekend wordt door conventionele financiers. Een *murabaha*-contract is namelijk geen overeenkomst van geldlening op basis van rente, waarbij de financier enkel kapitaal ter leen verstrekt.⁷⁰ Het is daarentegen een verkoopovereenkomst van goederen, waarbij de betaling van de koopsom is uitgesteld en waaraan een aan tijd gerelateerde, redelijke en transparante vergoeding wordt verwerkt teneinde de uiteindelijke koopsom vast te stellen.⁷¹ De financier levert dus andere diensten dan een conventionele bank dat bijvoorbeeld zou doen, zoals bemiddeling tussen koper en verkoper.⁷² Daarnaast loopt de financier een reëel risico gedurende de looptijd van de *murabaha*-overeenkomst, waardoor de winstopslag door de meeste Islamitische geleerden niet in strijd met de *Sharia* wordt geacht. Zo kan de zaak tenietgaan tussen de twee verkopen en is de financier jegens de koper aansprakelijk voor verborgen gebreken. Vanwege deze risico's wordt het redelijk geacht dat de financier een tegenprestatie mag bedingen. De winstopslag mag echter niet de tegenprestatie zijn voor het enkel ter beschikking stellen van financiering aan de koper. Geld heeft binnen de Islamitische economie geen intrinsieke waarde en kan niet de bron zijn voor het creëren van geld. Winstopslag is dus niet op één lijn te stellen met rente.⁷³ Ondanks deze benadering ziet een minderheid van de Moslimse bevolking de opslag als een feitelijke rente, gelet op de korte tijd dat de financier risico loopt. Waardoor deze constructie niet door alle Moslims wordt aanvaard.⁷⁴

2.2 *Ijara wa-iqtina*

Een andere populaire financieringsconstructie binnen de Islamitische wijze van financieren is de *ijara*.⁷⁵ Deze vorm neemt de laatste tijd zeer in populariteit toe doordat het een meer flexibel systeem is dan de *Murabaha*.⁷⁶ Er bestaan twee vormen; de reguliere *ijara*- en de *ijara wa-iqtina* constructie. De reguliere *ijara*-constructie is vergelijkbaar met een huur- of leaseconstructie. Hierbij blijft het juridisch eigendom van de onroerende zaak bij de financier en verkrijgt de koper enkel gebruiksrecht. De koper betaalt hiervoor periodiek een vast bedrag aan de financier. De *ijara wa-iqtina*-constructie daarentegen is in essentie een huurovereenkomst eindigend in koop. Deze onderscheidt zich van de

⁶⁹ Kranenburg & Talal 2007, p. 1260.

⁷⁰ De overeenkomst van geldlening is een bijzondere vorm van de overeenkomst van verbruikleen. Tegelijkertijd is zij een species van de, niet wettelijk geregelde, kredietovereenkomst. Asser/Van Schaick & Kleijn 2004 (5-IV) nr. 36-37 p. 23-34.

⁷¹ In dat kader speelt het 'asset-backed'-vereiste een rol. Bij Islamitische financiering is vereist dat er een reële transactie aan de financiële transactie ten grondslag ligt. Volgens Usmani is het juist dit fenomeen dat Islamitische financiering onderscheidt van conventionele financiering. Sinke 2007, p. 29; Visser 2008, p. 16. Kranenburg & Talal 2007, p. 1260.

⁷² De financier heeft daardoor meer de rol van een klassieke financiële intermediair. Lewis & Algaoud 2001, p. 52.

⁷³ El-Gamal 2006, p. 67-68; Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 32; Kranenburg & Talal 2007, p. 1260-1261.

⁷⁴ El-Gamal 2006, p. 67-68; Wilson 1991, p. 179.

⁷⁵ De *ijara* is goed voor 10% van de Islamitische financiële transacties. Vlg Iqbal 1997, p. 20; Tjittes 2008, p. 142;

⁷⁶ Lovells 2004, p. 5.

ijara door de optie tot eigendomsoverdracht van de onroerende zaak.⁷⁷ Deze constructie wordt veelvuldig gebruikt bij de financiering van onroerend goed, transportmiddelen en machines. De looptijd van dergelijke overeenkomsten is relatief beperkt van drie tot zeven jaar.⁷⁸

Bij de *ijara wa-iqtina*-constructie vormt de reguliere *ijara* de basis. De financier zal het onroerend goed aankopen en het eigendom hierover verkrijgen. Essentieel is dat het eigendom gedurende de transactie bij de financier blijft. Vervolgens sluit de financier een overeenkomst met de koper waardoor de koper beschikking krijgt over de onroerende zaak. Hiervoor verplicht de koper zich tot het verrichten van periodieke betalingen aan de financier. De hoogte van deze periodieke betalingen dient vooraf te worden vastgesteld en zal worden berekend aan de hand van twee componenten.⁷⁹ De eerste component bestaat uit betalingstermijnen met betrekking tot de koopsom van de onroerende zaak. In de praktijk wordt veelal de initiële koopprijs gehanteerd, waardoor een eventueel waardeverandering van de onroerende zaak aan de koper kan toekomen.⁸⁰ De tweede component bestaat uit de vergoeding aan de financier. De hoogte hiervan wordt (deels) geïndexeerd op basis van een (variabele) rente-index. Bij de *ijara wa-iqtina* kan de hoogte van de periodieke betalingen op bepaalde momenten worden aangepast. Belangrijk hierbij is dat duidelijk wordt vastgelegd op welke basis deze wijziging plaatsvindt, zodat hierover geen onzekerheid kan bestaan.⁸¹ Deze optie maakt het voor de koper mogelijk om (gedeeltelijk) vervroegd af te lossen. In dat geval dienen de eventueel overgebleven betalingstermijnen worden herzien door een objectieve derde, zoals een accountant. Na voldoening van alle (overgebleven) betalingstermijnen, zal de financier het juridisch eigendom van de onroerende zaak aan de koper overdragen.⁸²

2.3 Musharaka mutanagisa

Een derde manier om volgens Islamitisch financieren onroerend goed te financieren, is de *musharaka*, ook wel aangeduid met *musharika* of *shirka*. *Musharaka* is vergelijkbaar met de maatschap of een participatieovereenkomst en wordt meestal gebruik bij lange termijn investeringsprojecten.⁸³

Bij een *musharaka*-financiering van onroerend goed, zal de koper, nadat hij overeenstemming heeft bereikt met de verkoper over de prijs van het onroerend goed, een partnerschap met de financier aangaan. Volgens Gafoor zal hiervoor een onafhankelijke joint venture dienen te worden opgericht.⁸⁴ Andere auteurs menen dat een partnerschap voldoende is. Koper en financier brengen samen kapitaal in dit samenwerkingsverband. In de praktijk zal de financier het grootste gedeelte van het kapitaal voor aankoop van de onroerende zaak leveren. Door de aankoop van de onroerende

⁷⁷ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 17; Hooft & Muller 2008, p. 6

⁷⁸ Visser 2004, p. 34; Tjittes 2008, p. 142.

⁷⁹ El Idrissi 2008, p. 39; Visser 2004 p. 34.

⁸⁰ Sommige auteurs menen echter dat de marktprijs op het moment van uitoefening van de koopoptie dient te worden gehanteerd, waardoor het waardeverschil van de onroerende zaak toekomt aan de financier. Hooft & Muller 2008, p. 6-12.

⁸¹ Usmani 2002.

⁸² Visser 1998, p. 405, Tjittes 2008, p. 142.

⁸³ De contracten kennen doorgaans dan ook een langere looptijd dan de *murabaha*- en *ijara wa-iqtina*-constructie. Lewis & Algaoud 2001, p. 50; Kranenborg & Talal 2007, p. 1263.

⁸⁴ Een joint venture is een vennootschap met enkele aandeelhouders die een onderlinge regeling tot samenwerking hebben. Abdul Gafoor 1996, p. 43; Storm & Van Steenberghe 2004, p. 19.

zaak door de joint venture verkrijgt deze na levering het juridische eigendom hiervan. Financier en koper zullen bij oprichting van de joint venture of gemeenschap de economische gerechtigheid tot de onroerende zaak bepalen.⁸⁵ Meestal zal dit naar rato van inbreng van partijen zijn, maar de waarde van bijvoorbeeld ingebrachte arbeidstijd kan leiden tot een andere verdeling.⁸⁶ Wanneer er gekozen is voor de constante permanente vorm, de reguliere *musharaka*-constructie, zal de participatiehoogte gedurende de overeenkomst constant blijven. Bij deze vorm zal geen eindtermijn worden bepaald, waardoor de overeenkomst zo lang kan voortduren als partijen wensen. Bij deze vorm van *musharaka* zal de koper niet het volledige eigendom over de onroerende zaak verkrijgen. Indien er gekozen is voor de tweede vorm, de afnemende participatie (*musharaka mutanagisa* of *musharaka mutanaqisah*) is dit wel het geval. In de samenwerkingsovereenkomst verbindt de koper zich tot een vaste periodieke vergoeding bestaand uit een huur en koop gerelateerd deel. Door de laatste neemt het volume van het economische eigendom⁸⁷ toe en daalt de huurcomponent evenredig. Waardoor de koper stapsgewijs het aandeel van de financier overneemt. De financier zal vervolgens de onroerende zaak juridisch aan de koper leveren. Waardoor het partnerschap tussen financier en koper wordt beëindigd.⁸⁸

Bij een *musharaka mutanagisa*-overeenkomst gaat het om een lange termijn investering, waardoor partijen vooraf een verdeelsleutel overeen te komen voor eventuele winsten die door dit samenwerkingsverband worden behaald, zoals een bepaald percentage. Verliezen dienen daarentegen naar rato van inbreng van partijen in het samenwerkingsverband te worden gedeeld.⁸⁹

3. Civielrechtelijke aspecten van Islamitische financiering

3.1 *Wa'd*

Opvallend aan Islamitische financiering is dat een eventuele koop of verkoop slechts door middel van een eenzijdige belofte (*wa'd*) mag plaatsvinden. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de koper belooft tot koop van de onroerende zaak over te gaan of wanneer de financier eenzijdig belooft de onroerende zaak aan te kopen om deze vervolgens aan de koper te verkopen. In dit stadium kunnen partijen geen overeenkomst aangaan, aangezien de *Sharia* vereist dat de verkoper ten tijde van het aangaan van de transactie eigenaar van de te verkopen zaak is. Daarnaast zijn veel *Sharia*-geleerden van mening dat dergelijke beloftes unilateraal dienen te zijn en dat deze niet mogen worden gecombineerd.

⁸⁵ Het economisch eigendom is het krachtens een rechtsverhouding gerechtigd zijn tot in beginsel alle rechten en bevoegdheden ten aanzien van een goed, met uitzondering van het recht op levering, en gehouden zijn om alle verplichtingen ten aanzien van dat goed te dragen en daarmee het volledige risico van waardeverandering of tenietgaan van het goed te dragen, zonder dat het goed in juridische zin geleverd is. Huijgen 2003, p. 103.

⁸⁶ Choudhury 1997, p. 108. Visser 1998, p. 404.

⁸⁷ De term economisch eigendom duidt niet op een goederenrechtelijke, maar een verbintenisrechtelijke verhouding. HR 3 november 2006, nr C05/165HR, NJ 2007, 155 (Van den Bos qq/Mulders & Welleman; Nebula)

⁸⁸ Lewis & Algaoud 2001, p. 51.

⁸⁹ Usmani 2002, p. 7-10; Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p.17; Hooft & Muller 2008, p. 5.

Hierdoor kan niet worden gesproken van een overeenkomst.⁹⁰ Met als gevolg dat *faqha's* verschillen van mening of dergelijke beloftes bindend zijn.⁹¹

Ondanks het feit dat de eenzijdige rechtshandeling een wat onderbelicht onderwerp in Nederland is, ben ik van mening dat de *wa'd* bij Islamitische financiering geen civiele belemmering in Nederland vormt. De belofte wordt namelijk binnen de commerciële sfeer gedaan, waardoor dit een aanbod betreft welke (zeker na aanvaarding daarvan) een juridische verbondenheid schept.⁹² Dit heeft als gevolg dat de eenzijdige belofte in beginsel rechtens afdwingbaar is.⁹³ De praktijk bevestigt deze conclusie. Zo beweren sommige financiers dat hun eenzijdige belofte niet bindend is. Wanneer de beoogde koper haar eenzijdige belofte breekt doordat zij de onroerende zaak niet kan of wil afnemen bijvoorbeeld, belast de financier deze koper vervolgens wel voor het verlies dat is voortgekomen uit het niet nakomen van die belofte.⁹⁴

3.2 Juridische analyse Islamitische constructies

3.2.1 *Murabaha*-constructie

Islamitische financiering, waaronder de *murabaha*-constructie, onderscheidt zich van de conventionele hypothecaire lening doordat de financier de onroerende zaak aankoopt en hiervan eigenaar wordt. Het aankopen van en handelen in onroerend goed door een financiële onderneming stuit in Nederland niet op een regulatoire belemmering. Daarnaast bezitten financiële ondernemingen op het moment al verschillende onroerende zaken, zoals de kantoorgebouwen waarin zij gehuisvest zijn.⁹⁵ Het feit dat de financier eigenaar van de onroerende zaak is brengt echter wel risico's met zich mee. Hierbij kan worden gedacht aan mogelijke veranderingen in de marktprijzen van onroerend goed of de aansprakelijkheid van de financier jegens de koper in geval van verborgen gebreken.⁹⁶ Vanwege de beginselen van de *Sharia*, waarbij risicoverdeling hoog in het vaandel staat, zal de financier deze risico's niet weg kunnen contracteren. Volgens de *Sharia* moet de koop onvoorwaardelijk zijn. Het is niet geoorloofd dat de financier de eerste koopovereenkomst onder ontbindende voorwaarde aangaat, noch mag de financier de tweede koopovereenkomst met de koper aangaan voordat de eerste koopovereenkomst (en levering) tot stand zijn gekomen.⁹⁷ De financier loopt zodoende meer risico bij Islamitische constructies dan bij conventionele equivalenten.

⁹⁰ Dit voorkomt namelijk de constructie dat twee transacties in één overeenkomst worden ondergebracht wat volgens de *Sharia* verboden is. Dit verbod voorkomt dat de overeenkomst met *riba* besmet word of dat er onduidelijkheid bestaat over welke rechten en plichten uit welke transactie voortvloeit. Jaffer 2005, p. 81-82; Thomas, Cox & Kraty 2005, p. 81.

⁹¹ Elhiraika 2003, p. 14.

⁹² Art. 6:217 Burgerlijk Wetboek stelt dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaardig daarvan. Of hiervan sprake is, waardoor de eenzijdige belofte partijen juridisch bind, kan worden vastgesteld aan de hand van het *Haviltex*-criterium. Zo wordt de *Haviltex*-maatstaf in de jurisprudentie al regelmatig gehanteerd bij de vraag of een koopoptie bindend is. Zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht (vzr) 25 maart 2005, 99200/KG ZA 05-51, LJN AT2942; HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Ermex c.s./Haviltex).

⁹³ Veel *Sharia*-geleerden delen deze mening en achten de eenzijdige belofte dan ook juridisch dwingend voor partijen. Usmani 2002, p. 32-33; Jaffer 2005 p. 81-82; Hoof & Muller 2008, p. 12.

⁹⁴ Jaffer 2005, p. 81-82; <islamiccenter.kaau.edu.sa/arabic/Magallah/Pdf/15/15_RAFIC.pdf> laatst geraadpleegd op 18 juli 2009.

⁹⁵ CBS Financiële instellingen balans

⁹⁶ El-Gamal 2006, p. 67-68; Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 32; Kranenborg & Talal 2007, p. 1261.

⁹⁷ Dit in verband met het vereiste dat de betreffende zaak van de overeenkomst in eigendom moet verkeren bij de verkoper ten tijde van het aangaan van de transactie. El Idrissi 2008, p. 39; Kranenborg & Talal 2007, p. 1260.

De *murabaha*-constructie past naar mijn mening binnen het Nederlandse civiele recht. Zo dient de *murabaha*-constructie in beginsel op grond van art. 7A:1576 Burgerlijk Wetboek (BW) als koop op afbetaling te worden gekwalificeerd. Indien de *murabaha*-constructie gebruikt wordt ter financiering van onroerend goed is dit echter op grond van lid 4 niet mogelijk. Als de financier bij een *murabaha*-constructie ervoor gekozen heeft het juridisch eigendom direct na aanvang van de overeenkomst over te dragen aan de koper, is er sprake van een reguliere koopovereenkomst (art. 7:1 BW), waarbij partijen overeengekomen zijn dat de koopprijs in termijnen kan worden voldaan. Wanneer partijen bij een *murabaha*-constructie zijn overeengekomen dat de koper pas juridisch eigenaar wordt na voldoening van de laatste periodieke betaling is er sprake van een huurkoop (art. 7A:1576h BW).⁹⁸

3.2.1.1 Reguliere koopovereenkomst

Bij een *murabaha*-constructie is er sprake van een reguliere koop wanneer de financier het juridisch eigendom direct aansluitend na de koop overdraagt aan de koper. Hierdoor wordt de periode van eigendom van de financier met de daarbij behorende risico's beperkt.⁹⁹ Het risico dat de koper zijn verplichtingen niet nakomt blijft echter bestaan. Indien het gaat om een toerekenbare tekortkoming van de koper, heeft de financier recht op schadevergoeding (art. 6:81 en 6:87 BW).¹⁰⁰ De boete die normaliter tot schadevergoeding strekt in het geval van een toerekenbare tekortkoming, wordt door *Sharia*-geleerden gelijk gesteld aan rente, waardoor deze in strijd met de *Sharia* wordt geacht.¹⁰¹ Tevens is het risico op wanbetaling reeds in de winstopslag verdisconteerd waardoor het voor Islamitische financiële ondernemingen niet mogelijk is om een eventuele boete op te leggen.¹⁰² Ondanks deze visie, wordt in de praktijk wel een boete overeengekomen bij Islamitische financiering. Deze wordt in plaats van de financier aan een goed doel geschonken.¹⁰³ Deze praktische oplossing biedt tevens mogelijkheden wanneer, de rechter een boete aan de koper oplegt. Hiertoe kan hij besluiten op verzoek van de financier. De rechter zal dit doen wanneer de koper wel in staat is de overeenkomst na te komen, maar dit toch weigert.¹⁰⁴

De financier heeft bij een *murabaha*-constructie waarbij de koper eigenaar van de onroerende zaak mijn inziens wel de mogelijkheid om de betalingsverplichting te secureren. Dit kan hij doen door het vestigen van een hypotheekrecht op de onroerende zaak (art. 3:260 BW). *Faqha* zien hiertegen geen onmiddellijk bezwaar, waardoor dergelijke securitisaties in het buitenland frequent voorkomen.¹⁰⁵ Wanneer de koper niet aan zijn verplichtingen jegens de financier voldoet, kan de financier dit

⁹⁸ Blijkens art. 7A:1576h BW is huurkoop 'de koop en verkoop op afbetaling, waarbij partijen overeenkomen, dat de verkochte zaak niet door enkele aflevering in eigendom overgaat, maar pas door vervulling van opschortende voorwaarde van algehele betaling van wat door de koper uit hoofde van de koopovereenkomst is verschuldigd'.

⁹⁹ In dit kader wordt het voorbeeld genoemd, dat de financier de tweede overeenkomst en leveringsakte in 'agreed form' heeft klaar liggen en een notaris heeft klaar staan om beide aktes na elkaar te passeren. Hooft & Muller 2008, p. 3-11.

¹⁰⁰ Hierbij is wel vereist dat de financier op grond van art. 6:82 de koper in gebreke stelt.

¹⁰¹ De boete is opgenomen in art. 2:91 BW. Ook de belastingdienst ziet deze boete als rente en komt daardoor voor aftrek in aanmerking, Van den Hoeven & Fermont 2009, p. 199.

¹⁰² Voor financiële ondernemingen die zich hebben toegelegd op het aanbieden van Islamitische financiering is het hierdoor moeilijk om het kredietrisico (het risico dat de wederpartij haar verplichtingen niet nakomt) te verminderen. El-Gamal 2006, p. 67-68; Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 32.

¹⁰³ Hooft & Muller 2008, p. 3.

¹⁰⁴ MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 364.

¹⁰⁵ Tjittes 2008, p. 141; Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 16.

hypotheekrecht uitwinnen.¹⁰⁶ Het risico van de financier wordt bovendien beperkt als de koper (een gedeelte van) het restbedrag aflost. Afhankelijk van wat partijen zijn overeengekomen is deze mogelijkheid optioneel binnen het Islamitische systeem.¹⁰⁷ Bij Islamitische financiering staat de vooraf overeengekomen koopprijs waarin de winstopslag is verwerkt een eventueel recht op korting of compensatie in de weg. Hierdoor zou de hoogte van de betaling onzeker worden en in verband met het *gharar*verbod zal hierdoor de overeenkomst nietig zijn.¹⁰⁸ De financier gaat daarom veelal over tot kwijtschelding van (een gedeelte van) de winstopslag waarvan de hoogte kan worden gelijkgesteld aan de resterende termijn of het later retourneren hiervan.¹⁰⁹ Deze praktische oplossing is in overeenstemming met de *Sharia*, doordat het hierbij in de vorm van een vrijwillige gift wordt gegoten. Dit maakt wel dat de financier hiertoe niet verplicht kan worden. Als de financier tussentijds door een andere onderneming is overgenomen, zal de nieuwe eigenaar daar weinig voor voelen. Hij heeft tenslotte ook de volle prijs voor de activa bij de overname betaald.¹¹⁰ Hierdoor kan voortijdige aflossing duur uitvallen voor de koper. Indien vervroegde aflossing niet mogelijk is, zorgt deze structuur er bovendien voor dat de koper die tijdens de looptijd van de overeenkomst af wil, doordat deze bijvoorbeeld wil verhuizen, de onroerende zaak slechts bezwaard met een hypotheekrecht kan verkopen en leveren aan een derde.¹¹¹ Als de opbrengst al zou volstaan om enkel koopsom plus de kosten te voldoen, dan is zij beslist onvoldoende om daaruit de winstopslag af te betalen.¹¹² Dit is een groot risico voor de koper en deze dient hierop geattendeerd te worden.

3.2.1.2 Huurkoop

Indien de financier bij een *murabaha*-constructie het juridische eigendom van de onroerende zaak pas overdraagt aan de koper na voldoening van de laatste periodieke betaling is er sprake van een huurkoop. In dat geval is de financier voor langere periode juridisch eigenaar van de onroerende zaak. Enerzijds draagt de financier daardoor meer risico. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het tenietgaan van de zaak of aan verborgen gebreken.¹¹³ De financier kan dit risico enigszins beperken door het aangaan van verzekeringen. De *Sharia* acht in dat kader enkel de *takaful* geoorloofd.¹¹⁴ De kosten hiervan kunnen in de onderhandelingen worden meegenomen bij de bepaling van de winstopslag.¹¹⁵ Anderzijds verkeert de financier als eigenaar in een betere positie indien de koper haar verplichtingen niet nakomt. In dat geval hoeft de financier geen hypotheekrecht uit te winnen, maar kan hij door ontbinding van de overeenkomst vrije beschikking van de eigendom van de onroerende

¹⁰⁶ Art. 3:268 BW; Hooft & Muller 2008, p. 2-3.

¹⁰⁷ Bij conventionele financiering wordt hierdoor de maandelijkse rentebetalingen lager, omdat dit een percentage is van het openstaande geleende bedrag.

¹⁰⁸ Bij vervroegd aflossen kan echter wel een boete worden opgelegd. Usmani 2002, p. 40.

¹⁰⁹ Hooft & Muller 2008, p.3.

¹¹⁰ Moslimgeleerden wijzen op de Koran, soena 2, vers 283. Visser 2008, p. 22, Kranenborg & Talal 2007, p. 1262.

¹¹¹ Hiervoor is wel vereist dat de financier een hypotheekrecht op de onroerende zaak heeft gevestigd (art. 3:260 BW).

¹¹² Moslimgeleerden zijn dan ook verdeeld over de vraag of dergelijke voor Moslims 'knellende' bepalingen nog wel *Sharia*-compliant zijn. Kranenborg & Talal 2007, p. 1256-1266.

¹¹³ El-Gamal 2006, p. 67-68; Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 32; Kranenborg & Talal 2007, p. 1261.

¹¹⁴ Zie paragraaf 1.3.3; Lewis & Algaoud 2001, p. 32; Ayub p. 420.

¹¹⁵ De kosten verhouden zich tot de verzekering van de onroerende zaak en zijn aangegaan door de financiële onderneming gedurende de periode van eigendom.

zaak verkrijgen.¹¹⁶ De financier kan de rechter enkel om ontbinding verzoeken, nadat hij de koper in gebreke heeft gesteld en de koper in de nakoming van zijn verplichtingen blijft tekortschieten (art. 7A:1676q BW). Als de huurkoop wordt ontbonden, heeft de koper op grond van art. 7A:1576t BW recht op terugbetaling van de door hem gedane betalingen.¹¹⁷ Aangezien de periodieke betalingen bij Islamitische financiering gebaseerd zijn op de koopsom en een winstopslag is mijn inziens een volledige verrekening niet redelijk. In de winstopslag zijn namelijk ook bepaalde kosten die de financier heeft gemaakt verdisconteerd, zoals verzekerings- en notariskosten. Indien de koper recht heeft op volledige verrekening zou dit betekenen dat de door de financier gemaakte kosten voor zijn eigen rekening komen. Met als gevolg dat de financier verlies maakt als gevolg van niet nakoming door de koper. Mijn inziens is dit onredelijk. De rechter zal in dat geval de redelijkheid en billijkheid van art. 3:12 BW kunnen toepassen, waardoor de koper slechts recht heeft op een gedeeltelijke verrekening en de financier gecompenseerd wordt voor de gemaakte kosten. Deze oplossing veroorzaakt bovendien geen strijd met de achterliggende gedachte van de wetgever. Uit de Memorie van toelichting blijkt namelijk dat het de bedoeling van de wetgever met art. 7A:1576t BW is geweest dat de financier nooit meer mag ontvangen dan hij zou hebben ontvangen bij correcte nakoming van de reguliere overeenkomst van huurkoop.¹¹⁸ De genoemde oplossing zorgt ervoor dat dit niet het geval is.

De kwalificatie van de *murabaha*-constructie als huurkoop zorgt ervoor dat de Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken (TWHOZ) op de constructie van toepassing is. Deze wet vormt echter een belemmering voor deze Islamitische financieringsconstructie.¹¹⁹ Allereerst vanwege het feit dat art. 2 lid 3 sub a TWHOZ de notaris verplicht in de huurkoopakte op te nemen welk deel van de overeenkomst strekt 'tot betaling van de verschuldigde rente'. Dit is bij Islamitische constructies echter niet mogelijk aangezien daarbij geen sprake is van rente.¹²⁰ Dit artikel hoeft geen belemmering te zijn voor Islamitische financiering. Indien de notaris in de overeenkomst opneemt dat er in deze constructie geen rente verschuldigd is, maar gekozen is voor een betalingsconstructie bestaande uit een koopsom waarin een winstopslag is verwerkt, dient dit artikel naar mijn mening geen probleem te zijn. Door het noemen van de daadwerkelijke betalingsconstructie, is de notaris ervan verzekerd dat de met deze bepaling beoogde duidelijkheid en transparantie tussen partijen over de aan de financier te betalen vergoeding, wordt behaald.¹²¹ Deze praktische oplossing is daarnaast in overeenstemming met het verbod op *riba* en *gharar*. Het geniet naar mijn mening de voorkeur om art. 2 lid 3 sub a TWHOZ te wijzigen, waardoor de notaris verplicht wordt om duidelijk aan te geven hoe de betalingsconstructie exact is geregeld. Dit om problemen en onduidelijkheid te voorkomen. Art. 12 TWHOZ vormt echter wel een belemmering voor Islamitische financieringsconstructies. Art. 12

¹¹⁶ De hiervoor genoemde mogelijkheid van boete bestaat ook bij de huurkoop. Hooft & Muller 2008, p. 6.

¹¹⁷ De koper heeft in dit kader de mogelijkheid om het recht op verrekening te versterken door op grond van art. 7A:1576u BW bij de rechter een machtiging te verzoeken om de zaak onder zich te houden totdat het hem verschuldigde wordt betaald of de financier daarvoor voldoende zekerheid heeft gesteld. Dit retentierecht beschermt de koper ook in faillissement van de financier (art. 60 Faillissementswet).

¹¹⁸ MvT bij art. 7A:1576t BW, Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen 1933-1934, nr. 431.3.

¹¹⁹ Israël 2006.

¹²⁰ Van Velten 2009, p. 580.

¹²¹ Vlg. Hooft & Muller 2008, p. 7.

TWHOZ bepaalt dat de koper bevoegd is tot (gedeeltelijke) terugbetaling en dat de koper in dat geval recht heeft op een korting. Blijkens art. 12 lid 2 TWHOZ dient de hoogte van deze korting berekend te worden naar de wettelijke rente of de bedongen rente. Deze bepaling is in strijd met de *Sharia*. Zoals gesteld is het vooraf overeenkomen van een korting of compensatie en (berekening aan de hand van) rente verboden door de *Sharia*. Dit heeft als gevolg dat art. 12 TWHOZ ervoor zorgt dat Islamitische constructies niet in de vorm van een huurkoop op de Nederlandse markt kunnen worden gebracht. Een *murabaha*-constructie is in Nederland daardoor enkel mogelijk, wanneer de financier het eigendom van de onroerende zaak bij aanvang van de overeenkomst aan de koper overdraagt. Hierdoor valt de overeenkomst niet meer te bestempelen als een overeenkomst tot huurkoop, maar als een reguliere koopovereenkomst, waarop de TWHOZ niet van toepassing is.

3.2.2 *Ijara wa-iqtina*-constructie

De *ijara wa-iqtina*-constructie kan in drie vormen gegoten worden. Het Nederlandse civiele recht maakt het slechts mogelijk de *ijara wa-iqtina*-constructie op twee manieren op de Nederlandse markt te brengen.

3.2.2.1 Huurkoop

In beginsel kan de *ijara wa-iqtina*-overeenkomst gekwalificeerd worden als huurkoop in de zin van art. 7A:1576h lid 3. Zoals hierboven vermeld, zorgt de toepassing van de TWHOZ in dat geval voor een belemmering.¹²² Daardoor is het niet mogelijk om de *ijara wa-iqtina*-constructie in de vorm van huurkoop op de Nederlandse markt te brengen. Indien art. 12 lid 2 TWHOZ verwijderd of aangepast wordt, zal deze mogelijkheid echter wel bestaan.

3.2.2.2 Recht van erfpacht

Dit betekent niet dat er helemaal geen mogelijkheden zijn om de *ijara wa-iqtina*-constructie op de Nederlandse markt aan te bieden. De erfpachtstructuur van art. 5:85 BW kan een oplossing bieden.¹²³ In dit geval zal de financier de onroerende zaak aankopen en geleverd krijgen, waardoor deze het juridische eigendom verkrijgt. Vervolgens zal de financier (erfverpachter) een overeenkomst (de erfpachtovereenkomst) sluiten met de koper (erfpachter), waardoor de koper de bevoegdheid heeft om de zaak te houden en gebruiken. In de overeenkomst zal de verplichting van de koper worden vastgelegd tot voldoening van periodieke betalingen, canons genoemd, aan de financier. Door enkel het recht van erfpacht kan de koper niet het eigendom van de onroerende zaak verkrijgen. Hiervoor is vereist dat de financier een optie tot verkrijging van het bloot eigendom aan de koper verstrekt. Dit

¹²² Bij de *Murabaha*-constructie bestond de mogelijkheid dat de financier het juridische eigendom van de onroerende zaak direct na het aangaan van de overeenkomst aan de koper overdraagt. Deze mogelijkheid is niet in overeenstemming met de *ijara wa-iqtina*-constructie, waardoor deze in dat geval niet mogelijk is.

¹²³ Hooft & Muller 2008, p. 7.

geeft de koper de mogelijkheid tot verkrijging van het juridische eigendom van de onroerende zaak.¹²⁴ Door uitoefening van optie ontstaat bovendien de mogelijkheid voor de koper om de zaak tussentijds onbezwaard te verkopen en leveren. Naar mijn mening is hierbij wel vereist dat het recht van erfpacht en de optie tot bloot eigendom in afzonderlijke overeenkomsten worden aangegaan en niet tegelijkertijd. Wanneer deze in één overeenkomst worden vastgelegd, zal die overeenkomst dezelfde strekking hebben als huurkoop in de zin van art. 1 TWHOZ, waardoor de TWHOZ van toepassing is met alle nadelen van dien. Naar mijn mening is dit niet het geval wanneer het twee losstaande overeenkomsten betreft. Doordat dan gesteld kan worden dat de canons niet gezien dienen te worden als periodieke betalingen die leiden tot overdracht van het eigendom, maar enkel tot gebruik. Enkel de uitoefenprijs¹²⁵ die de koper betaalt op grond van de koopoptie, zal mijn inziens moeten worden beschouwd als de prijs voor verkrijging van het eigendom.

3.2.2.3 Recht van vruchtgebruik

Het is tevens mogelijk om de *ijara wa-iqtina*-constructie in de vorm van een recht van vruchtgebruik te gieten (art. 3:201 BW).¹²⁶ Ook hierbij zal de financier de onroerende zaak aankopen en in eigendom verkrijgen. De financier vestigt hierbij een recht van vruchtgebruik op de onroerende zaak ten behoeve van de koper. De koper (vruchtgebruiker) verkrijgt hierdoor het recht gebruik te maken van de onroerende zaak, terwijl de financier het eigendom behoudt. Partijen zullen daarbij overeenkomen dat de koper zich verbindt tot het betalen van periodieke vergoeding. In beginsel zal de koper voor de nakoming hiervan en andere verplichtingen jegens de financier zekerheid dienen te stellen (art. 3:206 BW). Ook hierbij geldt, dat vervolgens in een afzonderlijke overeenkomst de optie van de koper tot verkrijging van het bloot eigendom moet worden vastgelegd. Waardoor de koper de mogelijkheid heeft tot verkrijging van het juridisch eigendom van de onroerende zaak.

Indien de *ijara wa-iqtina* constructie in de vorm van erfpacht of vruchtgebruik kan worden gegoten met daarbij een aparte overeenkomst van optie tot de verkrijging van bloot eigendom door de koper, bestaat er voor deze constructie geen civielrechtelijke belemmering in Nederland. Bovendien maakt deze constructie het voor de koper mogelijk om vervroegd af te lossen. Ook in deze structuur houdt de financier in beginsel het eigendom van de onroerende zaak. Waardoor de in paragraaf 3.2.1.1 genoemde problematiek met betrekking tot de boeterente hierbij een rol speelt.

¹²⁴ Sniijders & Rank-Berenschot 2007, p. 559-575.

¹²⁵ De uitoefenprijs is de prijs die de financier heeft vooraf heeft vastgesteld, waartegen de koper de onderliggende waarde van de koopoptie, de onroerende zaak, mag kopen.

¹²⁶ Het verschil tussen een recht op erfpacht en vruchtgebruik is dat erfpacht uitsluitend op onroerende zaken kan worden gevestigd en dat het vruchtgebruik is beperkt tot het leven van de oorspronkelijke vruchtgebruiker, enkele uitzonderingen daar gelaten. Art. 3:203 lid 2 BW; TM, VV II, MvA II, PG Boek 2, p. 642; Sniijders & Rank-Berenschot 2007, p. 520-522.

3.2.3 *Musharaka mutanagisa*-constructie

Bij de *musharaka mutanagisa*-constructie betreft het een gemeenschap, ook wel vrije mede-eigendom genoemd.¹²⁷ Uit de literatuur blijkt niet eenduidig of bij deze constructie de samenwerkingsovereenkomst een eenvoudige gemeenschap betreft of dat hiervoor een onafhankelijke vennootschap dient te worden opgericht. Mijns inziens wordt hierdoor de mogelijkheid geboden om de *musharaka mutanagisa*-constructie in meerdere vormen in Nederland aan te bieden. Iedere juridische vorm van het samenwerkingsverband kent een eigen transactie, vereisten en aansprakelijkheidsregime.¹²⁸ In dit kader worden twee vormen besproken welke mijns inziens het meest geschikt zijn voor consumentenfinanciering van onroerend goed.¹²⁹ Wat betreft de boeterente en vervroegde aflossing geldt bij de *musharaka mutanagisa*-constructie hetzelfde als hiervoor is opgemerkt bij de *ijara wa-iqtina*-constructie.¹³⁰

3.2.3.1 Overeenkomst tot gemeenschap

Aan de eenvoudige gemeenschap worden de minste vereisten gesteld, waardoor deze bij consumentenfinanciering mijns inziens de voorkeur heeft. Zo zullen financier en koper een overeenkomst tot het in gemeenschap kopen van de onroerende zaak sluiten. Hierdoor worden zij gezamenlijk rechthebbende, deelgenoten, van de onroerende zaak (art. 3:166 BW). Dit is de enige band die tussen de financier en koper bestaat, waardoor dit een eenvoudige gemeenschap wordt genoemd.¹³¹ Bij het sluiten van de overeenkomst tot gemeenschap, dienen financier en koper afspraken te treffen ten aanzien van hun bevoegdheden, rechten, verplichtingen, genot en het beheer van de gemeenschappelijke onroerende zaak (art. 3:168 BW). Partijen kunnen overeenkomen dat het gebruik van de onroerende zaak enkel aan een van hen toekomt. In het geval van een *musharaka mutanagisa*-constructie zal uit de rechtsverhouding tussen de financier en koper voortvloeien dat het 'aandeel' van de deelgenoten in de gemeenschap bepaald wordt door de mate van inbreng.¹³² In de praktijk zal dit betekenen dat de financier de onroerende zaak aankoopt met haar kapitaal en in de gemeenschap brengt. De koper zal direct een aanbetaling doen aan de financier, waardoor deze deelgenoot wordt en een aandeel in het eigendom van de onroerende zaak verkrijgt. Vervolgens kan de financier per ontvangst van een periodieke betaling een gedeelte van haar aandeel overdragen aan de koper. Voor iedere overgang aan een deelgenoot is een levering vereist (art. 3:186 BW), welke

¹²⁷ Blijkens art. 3:166 BW is een gemeenschap aanwezig wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelnoten gezamenlijk. Van Velten & Struiksma 2003, p. 176.

¹²⁸ Het kiezen van de juiste rechtsvorm is onder ander belangrijk doordat hiermee het aansprakelijkheidsrisico van de financier en koper kan worden beperkt.

¹²⁹ Dit zijn niet de besloten en naamloze vennootschap onder andere in verband met het vereiste van minimaal kapitaal. Ook de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij zijn naar mijn mening niet het meest geschikt voor consumenten in verband met de verplichting tot het opstellen en openbaar maken van jaarstukken. De vereniging of stichting zijn in verband met het verbod op winst niet in overeenstemming met de *musharaka mutanagisa*-constructie.

¹³⁰ Vervroegde aflossing is mogelijk aangezien de periodieke betalingen bij een *musharaka mutanagisa*-constructie uit twee componenten bestaan, namelijk een huur en koop gerelateerd deel.

¹³¹ Dit in tegenstelling tot wanneer de koper en financier samen gehuwd zijn of samen een rechtspersoon oprichten. In dat geval hebben partijen nog een band met elkaar. De definitie van eenvoudige gemeenschap is overigens niet te vinden in het BW, maar deze term wordt geregeld gebruikt in de parlementaire stukken.

¹³² Sniijders & Rank-Berenschot 2007, p. 178-211.

geschiedt middels een notariële akte en inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers (art. 3:89 lid 1 BW) met alle kosten van dien. Deze leveringen hebben als gevolg dat de koper uiteindelijk de onroerende zaak volledig in eigendom verkrijgt. Waardoor de gemeenschap tussen financier en koper zal worden beëindigd en verrekening van eventuele waardeveranderingen van de onroerende zaak zal plaatsvinden conform de overeenkomst.¹³³

Wat betreft de aansprakelijkheid geldt dat de eenvoudige gemeenschap geen echte gemeenschapscrediteuren kent, aangezien de met de gemeenschap verband houdende schulden niet tot de gemeenschap behoren. Onder omstandigheden kunnen schulden wel voor rekening komen van een eenvoudige gemeenschap en als zodanig op de goederen van de gemeenschap verhaalbaar zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval bij beheersschulden als bedoeld in art. 3:170 BW.¹³⁴ In dat geval wordt de crediteur beschouwd als privé-crediteur c.q. schuldeiser van alle deelgenoten. Hij kan zich op het gemeenschapsgoed verhalen door de aandelen van alle deelgenoten in het goed uit te winnen (art. 3:175 lid 3 BW). Bij het verhaal op de aandelen der deelgenoten is hij concurrent met de overige (privé-)crediteuren. Daarnaast kunnen ook privé-crediteuren (schuldeisers van een der deelgenoten) het aandeel van de deelgenoot-schuldenaar in een gemeenschappelijk goed en in de gehele gemeenschap uitwinnen (art. 3:175 lid 3 BW).¹³⁵ Dit is een groot nadeel van de eenvoudige gemeenschap en hier dient dan ook rekening mee te worden gehouden.

Daarnaast is het bij de eenvoudige gemeenschap mogelijk dat iedere deelgenoot en beperkt gerechtigde op een aandeel, te allen tijde verdeling van het gemeenschappelijke goed vordert (art. 3:178 lid 1 BW). Op grond van art. 3:175 lid 1 BW kan elke deelgenoot namelijk over zijn aandeel in het gemeenschappelijke goed beschikken. Hiervoor is niet vereist dat de overeenkomst dient te worden ontbonden. Wanneer de eenvoudige gemeenschap als *musharaka mutanagisa*-constructie wordt gebruikt zal de rechtsverhouding tussen deelgenoten ervoor zorgen dat partijen niet te allen tijde over hun aandeel kunnen beschikken.¹³⁶ Bepaalde *Sharia*-geleerden delen deze mening. Zo zou het hanteren van opeisinggebeurtenissen de aard van het samenwerkingsverband, waarbinnen vertrouwen een grote rol speelt, in twijfel kunnen trekken.¹³⁷ Naar mijn mening is het vorderen van een verdeling van het gemeenschappelijke goed dan ook alleen toegestaan, wanneer één van de partijen haar verplichtingen welke voortvloeien uit de samenwerkingsovereenkomst niet nakomt. In dat geval is er tenslotte sprake van een toerekenbare tekortkoming. Het samenwerkingsverband zorgt er daarnaast voor dat deelgenoten enkel bevoegd zijn hun aandeel in de onroerende zaak aan een derde over te dragen, wanneer hiervoor toestemming is verkregen van de andere deelgenoot. Dit vereiste dient dan wel in de overeenkomst te worden opgenomen (art. 3:175 BW).¹³⁸ In dat geval

¹³³ Hierbij kan naar mijn mening op grond van art. 3:183 lid 1 BW de vooraf overeengekomen winst- en verliesdeling worden gehanteerd. Velten 2009, p. 351.

¹³⁴ Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 627. Het verschil tussen schulden die tot een gemeenschap behoren en schulden die voor rekening komen van een gemeenschap is echter niet geheel duidelijk. Van Mourik 2001, p. 30-31.

¹³⁵ Hijma & Olthof 2008, p. 133-134.

¹³⁶ De financier kan er bijvoorbeeld dus niet voor kiezen om de gemeenschap te beëindigen, waardoor de onroerende zaak zal moeten worden verdeeld. Naar alle waarschijnlijkheid zal dit betekenen dat het goed dient te worden verkocht en dat terwijl het doel van de constructie eigendomsverkrijging van de onroerende zaak door de koper was.

¹³⁷ Hooft & Muller 2008; Usmani 2002, p. 40.

¹³⁸ Aangezien het een onroerende zaak betreft, zal de overdracht overeenkomstig art. 3:186 lid 1 jo art 3:89/98 BW dienen te geschieden door inschrijving in de openbare registers van een afschrift of uittreksel van een notariële akte van levering.

verkrijgt de derde het overgedragen aandeel onder de last aan de gemeenschap te vergoeden hetgeen de vervreemder, de koper, haar schuldig was. Hierdoor zal de verkrijgende derde verplicht zijn de periodieke betalingen te verrichten, tenzij hij ervoor kiest zich aan deze verplichting te onttrekken door zijn aandeel op zijn kosten aan de financier over te dragen. De financier is dan verplicht aan een zodanige overdracht mee te werken, aldus art. 3:176 lid 2 BW.

Op deze *musharaka mutanagisa*-constructie kan de TWHOZ niet van toepassing worden geacht, vanwege het feit dat de koper van begin af aan rechthebbende over het goed is, of ten minste na het doen van één aanbetaling, en niet na voldoening van twee of meer termijnen zoals art. 1 TWHOZ vereist. Bovendien kan gesteld worden dat bij een eenvoudige gemeenschap de koper niet verplicht is tot het uitbreiden van zijn aandeel in het gemeenschappelijke goed, maar dat het enkel de mogelijkheid biedt. Een eventuele koopoptie, welke wel als bindend kan worden gekwalificeerd, zal mijn inziens dan ook separaat door partijen moeten worden overeengekomen. Het is echter wel mogelijk dat de financier een pand- of hypotheekrecht bedingt op het aandeel van de koper in de gemeenschap bedingt tot zekerheid van de uitbreiding van het aandeel door de koper. In dat geval is het mogelijk dat de TWHOZ van toepassing is. Dit zal echter niet vaak voorkomen bij Islamitische financiering, omdat de *Sharia* onderpand en securitisatie verbiedt wanneer het gaat om een samenwerking met een winst- en verliesdeling. De financier dient namelijk te participeren in het risico van zijn investering.¹³⁹

3.2.3.2 Maatschapscontract

Financier en koper kunnen er ook voor kiezen om een vennootschap op te richten. Mijn inziens heeft de maatschap in dit geval de voorkeur.¹⁴⁰ Bij de *musharaka mutanagisa*-constructie zal het om een stille maatschap (art. 7A:1657 BW) gaan, doordat deze niet op een voor derden kenbare wijze aan het verkeer deelneemt. Het gaat in principe om een naamloos samenwerkingsverband tussen financier en koper. Hierdoor is het niet verplicht om de maatschap in te schrijven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel.¹⁴¹ Daarnaast wordt er bij een stille maatschap niet gesproken van maatschapschulden, noch van eventuele aansprakelijkheid van de vennoten en spelen er geen vereisten van minimaal vermogen. Waardoor dit een geschikte vorm voor consumenten is.

De *musharaka mutanagisa*-overeenkomst zal in dit geval als maatschapscontract fungeren. Hierin zullen de inbreng van de 'maten', de winstverdeling, maar ook de verdeling van de bevoegdheden worden vastgelegd. Doordat het een stille maatschap betreft betekent dit in de praktijk dat de financier de aankoop van de onroerende zaak op eigen naam doet en hierdoor het juridische eigendom verkrijgt. De financier brengt dit eigendom vervolgens in de maatschap, waardoor op grond van het maatschapscontract de rechten en verplichtingen die uit dit eigendom voortvloeien voor rekening van de stille maten gezamenlijk komt. Dit betekent dat zowel financier als koper gezamenlijk

¹³⁹ Saleh 1986, p. 106.

¹⁴⁰ Blijkens art. 7A:1655 BW is de maatschap een overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkaar te delen.

¹⁴¹ <www.kvk.nl/wettenenregels/110_Rechtsvormen/rechtsvormen/Demaatschap.asp> laatst geraadpleegd op 9 juli 2009.

juridisch eigenaar van de onroerende zaak worden. Bovendien zorgt dit ervoor dat de TWHOZ niet van toepassing is. De maatschap biedt mogelijkheden voor een *musharaka*-constructie doordat partijen in de overeenkomst kunnen overeenkomen dat slechts een van de maten bevoegd is tot gebruik en bewoning van de zaak. Partijen kunnen daarnaast overeenkomen dat de koper het aandeel van de financier overneemt. De koper zal hiervoor betalingen verrichten waardoor zijn aandeel toeneemt. Wanneer de koper de enige aandeelhouder c.q. vennoot in de maatschap is leidt dit noodzakelijkerwijs tot de ontbinding van de maatschap.¹⁴²

Privécrediteuren van een der maten kunnen verhaal halen op het vermogen van de maten zelf. Tot dit vermogen behoort ook zijn aandeel in het maatschapsvermogen. De crediteur kan echter niet rechtstreeks verhaal nemen op het gehele aandeel van die maat. Dit komt doordat de aan de maten gezamenlijk toebehorende vermogensbestanddelen uitsluitend bestemd zijn ter verwezenlijking van het maatschapsdoel, waardoor deze een gebonden maatschap vormen. Hierdoor zijn de individuele maten niet bevoegd over hun deelrechten in de maatschap te beschikken, omdat als gevolg daarvan onderdelen van het gezamenlijke vermogen zouden kunnen worden onttrokken aan de daaraan contractueel toegekende bestemming. Hetzelfde zou het gevolg zijn indien privé-crediteuren van een der maten deze vermogensbestanddelen zouden uitwinnen. Bovendien zou uitwinning door derden, een voortdurende bedreiging betekent dat aan schuldeisers van maten mogelijkheden toekomen die de maten zelf niet hebben. Privé-crediteuren kunnen daardoor niet rechtstreeks verhaal uitoefenen op het onverdeelde maatschapsvermogen.¹⁴³

Het BW biedt partijen bij een maatschap wel mogelijkheden om de overeenkomst op te zeggen.¹⁴⁴ Deze opzegging kan in het geval van een *musharaka mutanagisa*-constructie echter vernietigbaar zijn op grond van art. 7A:1686 BW, indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid geschiedt.¹⁴⁵ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat mede bepalend voor de invulling van het begrip redelijkheid en billijkheid de rechtsopvatting is zoals die in een bepaalde kring personen leeft.¹⁴⁶ Hieronder vallen ook de rechtsovertuigingen van Moslims die in Nederland wonen, waardoor zij op grond van de redelijkheid en billijkheid de rechter kunnen verzoeken om rekening te houden met Islamitische waarden, zoals zekerheid (verbod op *ghara*), vertrouwen en het samenwerkingsverband bij de *musharaka mutanagisa*-constructie. Met als gevolg dat de opzegging vernietigbaar is. Daarnaast kan een der vennoten van de maatschap de rechter verzoeken tot ontbinding van de maatschap wegens gewichtige redenen (art. 7A:1684 BW). Dit verzoek zal de rechter bijvoorbeeld inwilligen wanneer een van de partijen tekort is geschoten in haar verplichtingen of wanneer er sprake is van voortdurende onenigheid tussen vennoten.¹⁴⁷ In dat geval heeft ontbinding geen terugwerkende kracht (art. 6:269 BW). Dit betekent dat de vennootschapsovereenkomst na ontbinding stand houdt, hoewel zij een

¹⁴² Dit vloeit voort uit het contractuele karakter van de samenwerking. Aldus ook, Boschma 2003, p. 112.

¹⁴³ Mohr 1998, p.99; Rb. Maastricht 2 augustus 1990, NJ 1991, 389.

¹⁴⁴ Bijvoorbeeld wanneer de koper de onroerende zaak wil verkopen, omdat deze wil verhuizen.

¹⁴⁵ Blijkens art. 3:12 BW moet bij de bepaling van de redelijkheid en billijkheid rekening worden gehouden met de algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.

¹⁴⁶ Reehuis & Slob 1999, p. 1036-1037.

¹⁴⁷ De maat aan wie de gewichtige reden is toe te rekenen is jegens de overige maten schadelijkt (art. 6:277 BW).

ander karakter krijgt.¹⁴⁸ De gebondenheid tussen de financier en koper strekt dan niet langer tot verwezenlijking van het vennootschappelijke doel, namelijk het samenwerkingsverband ter financiering van de onroerende zaak, maar enkel tot de afwikkeling van het vermogen dat aan dat doel ten dienste stond. De intussen gevormde vennootschappelijke goederengemeenschap tussen de financier en koper blijft voortbestaan totdat de vereffening is voltooid. In beginsel zal de vereffening van de ontbonden maatschap geschieden door de gewezen vennoten gezamenlijk. Naar mijn mening heeft het in het geval van een *musharaka mutanagisa*-constructie de voorkeur dat het vermogen van de maatschap wordt uitgekeerd in verhouding tot de economische deelgerechtigheid van de vennoten. Het doel is dat de vennoten zoveel mogelijk de waarde van hun inbreng in geld of goederen ten tijde van de inbreng terug ontvangen. Eventuele winsten en verliezen zullen in dit geval verdeeld worden zoals partijen vooraf zijn overeengekomen. Hierbij dient, volgens de Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions Sharia Standards 2003/2004, gedeeld te worden in de onderliggende waardeontwikkeling van het onroerend goed waardoor de marktwaarde dient te worden gehanteerd.¹⁴⁹ Met als gevolg dat eventuele waardeveranderingen door beide partijen worden gedeeld.¹⁵⁰ Mochten partijen er gezamenlijk niet uitkomen dan kunnen zij de rechter verzoeken tot het vaststellen van een verdeling.¹⁵¹

3.3 Insolventierisico

Bij de drie genoemde Islamitische financieringsconstructies koopt de financier de onroerende zaak, waardoor deze het juridisch eigendom verkrijgt. Totdat de financier het juridisch eigendom overdraagt aan de koper, loopt de koper hierdoor een insolventierisico ten aanzien van de financier. Indien de financier ten tijde van zijn faillissement juridisch eigenaar is van de onroerende zaak behoort deze tot zijn boedel.¹⁵² Op dat moment is de koper gebruiker van de onroerende zaak en is deze doorgaans slechts economisch eigenaar van het onroerend goed. Het economische eigendom is een fiscaal begrip. De term economisch eigendom duidt niet op een goederenrechtelijke, maar op een verbintenisrechtelijke verhouding. In dat geval staat het de curator op grond van de uitspraak van de Hoge Raad inzake Nebula¹⁵³, vrij om de verplichtingen van de schuldenaar na te komen, zolang deze zich laat leiden door het streven naar een goed boedelbeheer met in beginsel maximalisatie van de opbrengst. In dit kader is het van belang dat de koper op grond van art. 37 Fw de curator een redelijke termijn stelt om zich uit te laten of hij de overeenkomst gestand wil doen. Waardoor de periodieke

¹⁴⁸ HR 19 december 1958, *NJ* 1959, 129.

¹⁴⁹ Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions Sharia Standards 2003/2004, section 5, p. 214.

¹⁵⁰ Hooft & Muller 2008, p. 8.

¹⁵¹ Art. 3:189 lid 2 jo 3:182-185 BW.

¹⁵² Dit is het geval bij de *Murabaha*-constructie welke als huurkoop kan worden gekwalificeerd. In dat geval is de financier de juridische eigenaar totdat alle betalingen zijn voldaan en deze het eigendom overdraagt. Dit is ook het geval bij de *ijara wa-igtina*-constructie, ongeacht in welke vorm deze is gegoten. De financier is dan ook juridisch eigenaar totdat alle betalingen zijn voldaan of totdat het bloot eigendom is overgedragen. Bij de *musharaka mutanagisa*-constructie koopt de financier in beginsel de onroerende zaak en verkrijgt deze het juridisch eigendom. In dat geval zal de koper bij iedere periodieke betaling een gedeelte van dat juridisch eigendom verkrijgen. Waardoor het voor kan komen dat ten tijde van faillissement de financier bijvoorbeeld 60% van het juridisch eigendom heeft en de koper de andere 40% al overgedragen heeft gekregen. In dat geval valt enkel de 60% welke toebehoort aan de gefailleerde financier in de boedel.

¹⁵³ HR 3 november 2006, nr. C05/165HR, *NJ* 2007, 155 (Van den Bos qq/Mulders & Welleman; Nebula).

betalingen van de koper in de boedel van de financier vallen en er een schuldeiser verdwijnt. Bij een bevestigend antwoord dient de curator zekerheid te stellen (art. 37 lid 2 Fw) en vormt de verplichting een boedelschuld. Wil hij dit niet of laat hij na binnen de termijn te reageren, dan blijft de overeenkomst in stand maar verliest de curator zijnerzijds de bevoegdheid om nakoming te vorderen. De koper heeft vervolgens de keuze tussen ontbinding van de overeenkomst met vordering van aanvullende schadevergoeding (art. 6:265 en 6:277 BW) of vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW).¹⁵⁴ De curator kan er ook voor kiezen om met medewerking van de koper de overeenkomst over te dragen aan een nieuwe financiële onderneming (art. 6:159 BW). In dat geval zijn er wel notariskosten en overdrachtsbelasting verschuldigd. Bovendien mogen vorderingen alleen a pari (tegen nominale waarde) worden verhandeld. Het verkopen of verhandelen tegen kortingen of premies is volgens *Sharia*-geleerden in strijd met het *gharar*-verbod.¹⁵⁵ Dit heeft tot gevolg dat andere financiële ondernemingen mogelijk minder geïnteresseerd zijn en dat securitisatie van Islamitische constructieovereenkomsten niet goed mogelijk is.¹⁵⁶

In dit kader is het mijn inziens belangrijk dat kopers adequaat worden voorgelicht dat zij dit en de hiervoor genoemde risico's lopen. Hierbij kan inspiratie worden opgedaan bij het Britse overheidsbeleid op dit gebied. De Britse overheid heeft ervoor gekozen om Islamitische financieringsovereenkomsten Home Purchase Plans (HPP's) te noemen. De gedachte hierachter is dat hierdoor het onderscheid met conventionele onroerend goed financieringsproducten wordt verduidelijkt, waardoor mis-selling kan worden voorkomen.¹⁵⁷ In dit kader ben ik dan ook een voorstander voor het invoeren van een Nederlandse (overkoepelende) term voor de Arabische termen van de financiële constructies. De Arabische termen kunnen voor verwarring zorgen. De Nederlandse wetgever zou deze Nederlandse termen vervolgens in haar wetgeving kunnen opnemen. Daarnaast heeft de Financial Services Authority (FSA) de enige financiële toezichthouder in het Verenigd Koninkrijk (VK) de 'National Strategy for Financial Capability' geïmplementeerd.¹⁵⁸ Als onderdeel hiervan, geeft de FSA duidelijke, onpartijdige informatie om consumenten te ondersteunen bij het nemen van financiële besluiten gebaseerd op goede informatie.¹⁵⁹ De voorzitter van de FSA, Howard Davies heeft wel aangegeven dat deze initiatieven niet de eigen verantwoordelijkheid van de consument wegneemt. Hij stelt dat de FSA niet bedoeld is om consumenten te beschermen voor het maken van iedere verkeerde financiële beslissing, omdat het 'buyer beware'-principe zeker van

¹⁵⁴ Vriesendorp 2007; Polak/Pannevis 2008, p. 90.

¹⁵⁵ Thomas 2002. Het verbod op *gharar* omvat de vermindering van onzekerheid. De contractspartij en de waarde van de overeenkomst verandert wat voor onzekerheid kan zorgen, waardoor dit niet geoorloofd is.

¹⁵⁶ Thomas 2002. Bij een securitisatie verkoopt en levert A vorderingen aan een speciaal daartoe opgerichte rechtspersoon B, ook wel Special Purpose Vehicle (SPV) genoemd, die deze financiert door uitgifte van effecten. SPV's worden veelal door banken opgericht om bepaalde financiële activa, zoals hypotheke te securitiseren of effectiveren. Redenen hiervoor zijn het isoleren van risico's op deze betreffende transactie van de andere activa en passiva van de onderneming of het doen ontstaan van gunstigere balansverhoudingen. Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 161.

¹⁵⁷ Ainley e.a. 2007, p. 21.

¹⁵⁸ Doel van deze strategie is de financiële dienstensector, de consument, de vrijwillige organisaties, de overheid en de media samen te brengen om manieren te vinden om de financiële kennis in het VK te verbeteren. <www.fsa.gov.uk/financial_capability/> laatst geraadpleegd op 6 juli 2009.

¹⁵⁹ Dit wordt onder andere gedaan door telefonische helplijnen, de website www.moneymadeclear.fsa.gov.uk en verschillende geprinte handleidingen, zoals de door FSA in maart 2007 uitgegeven HPP's-schema. Waarin een stap voor stap handleiding van ieder product met de daarbij behorende risico's en voordelen is weergegeven. Ainley e.a. 2007; <www.moneymadeclear.fsa.gov.uk/pdfs/home_purchase_plans.pdf> laatst geraadpleegd op 21 juli 2009.

toepassing is.¹⁶⁰ Bij deze gedachtegang sluit ik mij volledig aan. Middels Postbus 51-reclames kan de Nederlandse overheid informatie geven over de specifieke risico's voor kopers. Zodat het voor kopers duidelijk is voor welk product zij kiezen.

3.4 Geschilbeslechting

Indien er een geschil voordoet bij Islamitische financiering, gaat het Islamitische recht er van uit dat partijen zich met elkaar verstaan om uit de impasse te komen.¹⁶¹ Als dit niet mogelijk is, biedt het Nederlandse civiele recht voldoende mogelijkheden voor de beslechting van dat geschil. De praktijk laat echter zien dat partijen zich bij Islamitische financiering vaak wenden tot een Islamvriendelijke overheidsrechter in een Islamitisch land.¹⁶² Dit is naar mijn mening niet noodzakelijk. De Nederlandse civiele rechter moet de redelijkheid en billijkheid bij de geschilbeslechting betrekken.¹⁶³ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat mede bepalend voor de invulling van het begrip redelijkheid en billijkheid de rechtsopvatting is zoals die in een bepaalde kring personen leeft.¹⁶⁴ Dit maakt het mogelijk om Islamitische rechtsovertuigingen van Moslims die in Nederland wonen mee te nemen bij de beslechting van het geschil. De *Sharia* valt dus onder die billijkheid.¹⁶⁵ Tjittes stelt dat een mogelijk nadeel bij beslechting door de Nederlandse overheidsrechter kan zijn dat hij niet deskundig is op het gebied van de *Sharia*.¹⁶⁶ Mijn inziens speelt dit nadeel geen rol. Partijen en hun advocaten zullen de rechter van de betreffende informatie voorzien. Daarnaast kan de rechter op verzoek van partijen of ambtshalve informatie bij deskundigen inwinnen, krachtens art. 194 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

Art. 1020 Rv e.v. biedt partijen daarnaast de mogelijkheid om in het geval van Islamitische financiering zich te wenden tot arbitrage. Arbitrage wordt in beginsel erkend als een vorm van geschilbeslechting in de Islam.¹⁶⁷ Iedere handelingsbekwame, natuurlijke persoon kan tot arbiter worden benoemd (art. 1023 RV). Hierdoor bestaat er voor partijen de mogelijkheid om te kiezen voor een deskundige of zelfs meerdere deskundige, bij voorkeur een oneven aantal, op het gebied van de *Sharia*. De arbiter zal hierbij de zaak beslissen naar de 'regelen des rechts', krachtens art. 1054 lid 1 Rv. Hierdoor is het mogelijk om bij arbitrage te kiezen voor een beslechting waarbij arbiters beslissen als 'goede mannen naar billijkheid'. Waarbij de *Sharia* onder die billijkheid kan vallen, doordat bij Islamitische financiering de levende rechtsovertuiging van partijen daarop is gebaseerd.¹⁶⁸

¹⁶⁰ Davies 2003.

¹⁶¹ Kranenborg & Talal 2007, p. 1262.

¹⁶² Nadar 2008, p. 11. Deze rechtskeuzevrijheid geldt echter alleen wanneer het een internationaal geval betreft en is enkel van toepassing op de verbinteniseretelijke aspecten van een overeenkomst.

¹⁶³ Art. 3:12 stelt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening gehouden moet worden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.

¹⁶⁴ Reehuis & Slob 1999, p. 1036-1037.

¹⁶⁵ In dit kader kan een parallel worden getrokken met het arrest Shu/Lam. Daarin stond de vraag centraal of Shu bij Lam in dienst was getreden. Beide partijen, zowel Shu als Lam, zijn lid van de Chinese gemeenschap. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dan ook dat de gangbare Chinese maatstaven omtrent wie als werkgever mag worden beschouwd een rol kunnen spelen bij de beantwoording van die vraag. HR 18 november 1983, *NJ* 1984, 345 (Shu/Lam).

¹⁶⁶ Tjittes 2008, p. 143-144.

¹⁶⁷ Abdul Hamid El-Ahdab 1990, p. 18-19. Arbitrage komt in het buitenland bij Islamitische overeenkomsten veel voor.

¹⁶⁸ Aldus ook Tjittes 2008, p. 143-144.

4. Toezichtsaspecten

4.1 Verplichte of vrijwillige vergunning

Nieuwe financiële ondernemingen die uitsluitend Islamitische financiële contracten aanbieden kunnen niet in aanmerking komen voor de verplichte vergunning van art. 2:11 Wet op het financieel toezicht (Wft).¹⁶⁹ Hierdoor vallen zij in beginsel niet onder het toezicht van de twee Nederlandse financiële toezichthouders; De Nederlandse Bank (DNB) en Autoriteit Financiële Markten (AFM). De oorzaak hiervan ligt in het feit dat Islamitische financiële ondernemingen niet onder de reikwijdte van de Wft vallen. In art. 1:1 Wft wordt een onderneming als 'bank' gedefinieerd wanneer deze (1) 'van buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van andere dan professionele marktpartijen', en (2) 'van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen'. Het uitgangspunt bij Islamitische financiële ondernemingen is dat zij nominaal gegarandeerde deposito's (tegoeden), van het publiek aantrekt en daarmee aan het eerste vereiste voldoet. Het tweede vereiste daarentegen vormt bij Islamitische financiering een probleem. Vanuit een juridisch perspectief kunnen de meest voorkomende Islamitische financieringsconstructies namelijk niet als kredietuiteenzetting worden gekwalificeerd.¹⁷⁰ Dit is afhankelijk van de specifieke constructie. Bij de besproken constructies, zoals de *murabaha*-constructie, is er sprake van een overeenkomst tot (onder andere) de genotverschaffing van de onroerende zaak. Waardoor de financiële onderneming die uitsluitend dit soort contracten aangaat op grond van de Wft niet als bank kan worden geclassificeerd en daardoor niet onder de vergunningsplicht van art. 2:11 Wft valt.¹⁷¹

Op grond van art. 3:4 Wft kunnen Islamitische financiële ondernemingen met een zetel in Nederland wel een vrijwillige bankvergunning aanvragen bij DNB en zich dientengevolge vrijwillig aan het toezicht onderwerpen. Hieraan zijn gunstige gevolgen voor de financiële ondernemingen verbonden. Ten eerste doordat onder toezicht staande ondernemingen goedkoper gelden kunnen aantrekken dan niet onder toezicht staande ondernemingen. Dit heeft te maken met de rating, een risico-indicatie, die ratingbureaus aan ondernemingen toekennen. Bij de toekenning hiervan wordt rekening gehouden met het feit dat een onderneming onder toezicht staat. Ondernemingen met een hoge rating kunnen vervolgens goedkoper gelden aantrekken dan ondernemingen met een lagere rating.¹⁷² Daarnaast kan het beschikken over een vergunning reputatiewinst met zich meebrengen. De beschikking over een vergunning wekt namelijk vertrouwen bij marktpartijen, waardoor deze eerder geneigd zijn met de onderneming in zee te gaan.¹⁷³ De vrijwillig onder toezicht gestelde onderneming zal op gelijke wijze onder het toezicht vallen als vergunningshouders die als bank gekwalificeerd kunnen worden met uitzondering van afdeling 3.5.5 Wft. DNB kan hierdoor slechts de rechtbank

¹⁶⁹ Dit probleem geldt dus niet bij conventionele financiële ondernemingen doordat zij ook andere activiteiten verrichten die wel onder de vergunningsplicht van de Wft vallen. De activiteiten op het gebied van Islamitische financiering vallen in dat geval ook onder het toezicht van DNB en AFM.

¹⁷⁰ Art. 1:1 Wft verstaat onder krediet 'geld- of goederenkrediet'. Waarbij onder goederenkrediet 'de verschaffing van het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject of het verlenen van een dienst aan de consument welke niet wordt verleend op grond van een overeenkomst' wordt begrepen. DNB Kwartaalbericht juni 2007, p. 55.

¹⁷¹ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 28; DNB Kwartaalbericht juni 2007, p. 55.

¹⁷² Marktpartijen lopen door het toezicht immers minder solvabiliteitsrisico.

¹⁷³ <www.dnb.nl/openboek/extern/id/nl/pf/40-122465.html?artikelcommentaar=true>, laatst geraadpleegd op 17 juli 2009.

verzoeken om de noodregeling van toepassing te laten verklaren op een kredietinstelling (art. 3:160 Wft). DNB zal een verzoek hiertoe kunnen doen indien de solvabiliteit of liquiditeit van een kredietinstelling met een zetel in Nederland tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling vertonen en redelijkerwijs in die ontwikkeling geen verbetering te voorzien is.¹⁷⁴ Indien de rechtbank het verzoek van DNB toewijst benoemt zij een of meer bewindvoerders, al dan niet op voordracht van DNB, die worden belast met het saneren en/of liquideren van de kredietinstelling. De noodregeling komt in grote lijnen overeen met de surseance van betaling.¹⁷⁵ Kenmerkend verschil is dat de noodregeling de mogelijkheid biedt om eerder op te treden en dat deze mogelijkheid open staat voor DNB.¹⁷⁶ DNB kan namelijk al optreden indien er slechts sprake is van een dreiging en nog geen directe solvabiliteits- of liquiditeitsproblemen van de kredietinstelling of wanneer het belang van de financiële stabiliteit dit met zich meebrengt.¹⁷⁷ Bij Islamitische financiële ondernemingen die vrijwillig of zelfs geen vergunning hebben heeft DNB deze mogelijkheid niet. Indien de minder vergaande instrumenten geen gewenst resultaat opleveren, kan DNB in dat geval enkel afwachten totdat de onderneming daadwerkelijk in de toestand verkeert dat deze opgehouden is te betalen.¹⁷⁸ Het feit dat DNB niet eerder kan optreden bij Islamitische financiële ondernemingen is mijn inziens niet wenselijk doordat de koper bij Islamitische financiering al een groter insolventierisico loopt op de financier dan bij conventionele financiering. Het is niet wenselijk om de vrijwillige-vergunninghouder aan de noodregeling te onderwerpen. De noodregeling is namelijk met name gebaseerd op twee Europese richtlijnen, waarin geen verplichting is opgenomen voor lidstaten om in dat geval de noodregeling te erkennen.¹⁷⁹ Indien de vrijwillige-vergunninghouder aan de noodregeling zou worden onderworpen, zou deze procedure 'vanuit Europeesrechtelijk oogpunt tussen wal en schip raken'.¹⁸⁰ Het heeft naar mijn mening daardoor de voorkeur om Islamitische financieringsconstructies middels een wetwijziging onder de definitie van krediet te doen vallen, waardoor zij verplicht een vergunning dienen aan te vragen. In dat kader kan inspiratie worden opgedaan bij het Britse beleid. Aanvankelijk vielen de activiteiten van Islamitische financiële ondernemingen niet onder de FSMA (Regulates Activities) Order 2001' (RAO), waardoor zij niet in aanmerking konden komen voor een vergunning van de FSA.¹⁸¹ In het VK vormde de definitie

¹⁷⁴ De noodregeling wordt als een zeer ingrijpend toezichtinstrument gezien, vanwege het verstrekkende karakter. In dit kader mag DNB pas om de noodregeling verzoeken indien, minder ingrijpende, handhavinginstrumenten, zoals curatele, niet tot het gewenste resultaat hebben geleid. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 3.

¹⁷⁵ Zo is de termijn waarvoor de noodregeling geldt, gelijk aan die van de surseance, worden een of meer bewindvoerders benoemd (art. 3:162 lid 4 Wft) die telkens na verloop van drie maanden verslag uitbrengen (art. 3:186 Wft) en dient er een verificatievergadering te worden gehouden (art. 3:179 Wft e.v[0]). De surseance van betaling staat echter niet open voor kredietinstellingen, blijkens art. 214 Fw.

¹⁷⁶ De surseance van betaling staat enkel open voor de schuldenaar welke voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan (art. 214 Fw).

¹⁷⁷ PricewaterhouseCoopers LLP 2000, p. 47-48; <www.dnb.nl/openboek/extern/id/nl/all/40-185405.html>, laatst geraadpleegd op 23 juli 2009.

¹⁷⁸ Andere, minder vergaande, handhavinginstrumenten van DNB zijn het geven van een aanwijzing (art. 1:75 Wft), onder curatele (1:76 Wft), een last onder dwangsom (art. 1:79 Wft) en het opleggen van een bestuurlijke boete (art. 1:80).

¹⁷⁹ Het gaat hier om de Europese richtlijn 2001/17/EG (PbEG 2001, L110 /18) en de Europese richtlijn 2001/24/EG (PbEG 2291, L125/15). Ook de Verordening (EG) nr 1346/2000 (PbEG 2000, L160/1), waaronder de vrijwillige-vergunninghouder wel valt biedt geen mogelijkheden doordat daaronder niet de procedure van de noodregeling valt. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 11; *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 14.

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 14.

¹⁸¹ Krachtens 'Part IV Section 19 Financial Services and Market Act 2000' (FSMA) dient een diensverlener die één van de activiteiten wil uitoefenen die in de RAO zijn gespecificeerd hiertoe toestemming te hebben verkregen van de FSA of hiervan worden vrijgesteld. Bankieren op zichzelf is niet gedefinieerd als geregelde activiteit in de zin van de RAO, waardoor ondernemingen niet in aanmerking konden komen voor een vergunning enkel op die activiteit. De algemeen aanvaarde

van 'deposit' een belemmering (art. 5 paragraaf 2 RAO), aangezien daaruit een 'repayment obligation' kan worden afgeleid.¹⁸² De onvoorwaardelijke aard van deze terugbetalingsverplichting is een zeer belangrijke eigenschap van wat een 'deposit' in het VK vormt.¹⁸³ Dit bewerkstelligt dat de consument die een geldsom bij een financiële onderneming stort, een vordering op deze onderneming krijgt tegen nominale waarde. Hierdoor heeft de consument recht op een volledige terugbetaling, zolang de onderneming solvent is. Dit vereiste is echter niet in overeenstemming met het beginsel van winst- en verliesdeling bij Islamitische constructies.¹⁸⁴ Dit beginsel zorgt ervoor dat consumenten die kiezen voor een Islamitische financieringsconstructie ook kiezen voor een bepaald risico van verlies op het origineel ingelegde kapitaal. Bij een *musharaka*-constructie komt deze winst- en verliesdeling tot uiting in de vooraf vastlegde verdeelsleutel aan de hand waarvan eventuele winsten en verliezen worden verdeeld. Bij de *ijara wa-iqtina*- en *murabaha*-constructie komt dit principe naar voren in een eventuele waardeverandering van het onroerend goed. Een eventueel verlies op het ingelegde kapitaal is hierdoor inherent aan Islamitische financieringsconstructies, maar maakt het tevens onmogelijk om onder de definitie van 'deposit' te vallen in zin van de RAO. Het gevolg hiervan was dat Islamitische financiële ondernemingen geen vergunning voor toetreding tot de Britse financiële markt konden verkrijgen. In het VK mogen deze ondernemingen wel Islamitische producten, die niet onder het regelgevende kader van de FSA vallen, aanbieden op de financiële markt. Hierbij worden enkel beperkingen gesteld aan wie verkocht mag worden.¹⁸⁵ Dit zorgde ervoor dat consumenten bij Islamitische producten niet dezelfde bescherming genoten als consumenten bij conventionele equivalenten genoten.¹⁸⁶ Naar mijn mening speelt de verminderde beschermingsomvang van consumenten ook in Nederland een rol. Zo mag de Islamitische financiële onderneming zonder vergunning nog wel adviseren of bemiddelen bij Islamitische producten.¹⁸⁷ In dat geval geldt er namelijk op grond van de Wft geen verplichting van het minimale vermogen of het verstrekken van een financiële bijsluiter bijvoorbeeld.¹⁸⁸ De Wet op het consumentenkrediet (Wck) biedt in die gevallen ook geen bescherming, aangezien deze wet dezelfde definitie gebruikt als de Wft, waardoor ook deze niet van toepassing is op Islamitische financiële ondernemingen. Het BW daarentegen biedt wel enige bescherming middels de zorgplicht en redelijkheid en billijkheid bijvoorbeeld.¹⁸⁹ Deze bescherming is algemeen en omvat niet het vereiste van het minimum aan eigen vermogen. Daarom heeft het mijn

betekenis is echter een entiteit die de geregelde activiteit van 'accepting deposits' onderneemt en die geen kredietcoöperatie, woningbouwvereniging, vereniging van onderlinge hulp of verzekeringmaatschappij is. Ainley e.a. 2007, p. 10-11; <www.fsa.gov.uk/Pages/Doing/Do/index.shtml> laatst geraadpleegd op 19 juli 2009.

¹⁸² Art. 5, paragraaf 2 van de RAO definieert 'deposit' als 'a sum of money ... paid on terms under which it will be repaid, with or without interest or premium, and either on demand or at a time or in circumstances agreed by or on behalf of the person making the payment and the person receiving it...'

¹⁸³ Jaffer 2005, p. 37.

¹⁸⁴ Dit beginsel neemt een belangrijke plaats in binnen de *Sharia*. *Sharia*-geleerden stellen dat de winst- en verliesdeling een grotere stabiliteit in financiële markten bevordert. De constructie van Islamitische financieringsovereenkomsten stimuleert financiële ondernemingen namelijk te investeren in lange termijnrelaties met de consument, vanwege de beperkte mogelijkheden tot tussentijds opzeggen en vervroegde aflossing. Mirakhor & Zaidi 2007, p. 50.

¹⁸⁵ Ainley e.a. 2008, p. 23.

¹⁸⁶ Voorbeelden hiervan waren de beschikbaarheid van de 'Financial Ombudsman Service' en de mogelijkheid van herstel van de 'Financial Services Compensation Scheme'. Ainley e.a. 2007, p. 6.

¹⁸⁷ Ondernemingen die niet onder de Wft vallen mogen namelijk nog wel adviseren en bemiddelen bij financiële producten. Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 29.

¹⁸⁸ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 29.

¹⁸⁹ Bijvoorbeeld de zorgplicht van art. 6:30 BW en de redelijkheid en billijkheid welk schuldeiser en schuldenaar jegens elkaar hebben krachtens art. 6:2 jo 3:12 BW.

inziens de voorkeur om Islamitische financiële ondernemingen onder de reikwijdte van de Wft te doen laten vallen. De wettelijke verplichtingen van de Wft zijn namelijk specifiek opgesteld voor financiële ondernemingen ter bescherming van de consument.¹⁹⁰ Zo wordt bovendien voorkomen dat men enkel dient te vertrouwen op de vrijwilligheid van de onderneming om een vrijwillige vergunning aan te vragen. Hiervoor is een wijziging in de Wft nodig. Een aanknopingspunt hiervoor kan gevonden worden in het VK. Daar heeft de Britse overheid ervoor gekozen om in december 2005 de Islamitische onroerend goed financieringsproducten in een nieuwe paragraaf van de FSMA op te nemen. In 'Scheme 2' van de FSMA 2000, welke bekend is geworden onder de 'Regulation of Financial Services (Land Transactions) Act 2005', zijn financieringsregelingen beschreven waarbij de financier een groot aandeel in de onroerende zaak beschikbaar stelt aan de consument waaraan financiering als een van de geregelde activiteiten wordt verstrekt.¹⁹¹ Deze wijziging illustreert het idee achter Islamitische financiering, met als gevolg dat Islamitische onroerend goed financieringsvormen onder de toezichttaken van de FSA vallen.¹⁹² In Nederland is het mijn inziens voldoende om de definitie van 'krediet' van art. 1:1 Wft aan te passen. Het opener formuleren van de definitie, waardoor Islamitische financieringsconstructies onder dit artikel vallen biedt hierbij al mogelijkheden. Met als gevolg dat financiële ondernemingen onder het toezicht van DNB en AFM vallen, waardoor niet meer hoeft te worden vertrouwd op de bereidwilligheid van de onderneming voor het aanvragen van een vrijwillige vergunning. Daarnaast krijgt DNB hierdoor de mogelijkheid om eerder op te treden bij de dreiging van solvabiliteits- of liquiditeitsproblemen. Bovendien neemt dit het huidige ongerechtvaardigde onderscheid tussen aanbieders weg. Zo wordt in de Memorie van toelichting van de Wft erkend dat het wetsvoorstel gebaseerd is op de gedachte dat het voor de bescherming die een consument wordt geboden in principe niet moet uitmaken via welk distributiekanaal hij een product aanschaft (het uitgangspunt van distributieconsistentie) noch in welke financiële sector het betreffende product zijn oorsprong heeft (het uitgangspunt van cross-sectorconsistentie).¹⁹³ Thans gebeurt dit wel en is een wetswijziging van de Wft in mijn ogen dan ook noodzakelijk.

4.2 Toezicht(svereisten)

Bij de marktoetreding (en daarna bij het reguliere toezicht) van financiële ondernemingen beoordelen DNB en AFM of voldaan wordt aan de vereisten van art. 2:12 Wft.¹⁹⁴ DNB en AFM dienen bij het (doorlopende) toezicht rekening te houden met het afwijkende risicoprofiel van Islamitische financiële producten en het verschil in organisatiestructuur van Islamitische financiële ondernemingen met die

¹⁹⁰ *Kamerstukken II, 2003/2004, 29 507, nr. 3, p. 3.*

¹⁹¹ Regulation of Financial Services (Land Transactions) Act 2005 A23(1)(b).

¹⁹² Eerst enkel de onroerend goed financieringsovereenkomsten welke gebaseerd zijn op de *murabaha*- of *ijara wa-iqtina*-constructie. Sinds 2007 ook de overeenkomsten gebaseerd op de *musharaka mutanagisa*-constructie. Ainley e.a. 2007.

¹⁹³ *Kamerstukken II, 2003/2004, 29 507, nr. 3, p. 1.*

¹⁹⁴ Alle financiële ondernemingen zijn hierbij onderworpen aan dezelfde toetredingseisen, ongeacht hun land van herkomst, bedrijfstak of religieuze principes. Het kan derhalve wel voorkomen dat bepaalde toetredingseisen in de praktijk verschillend worden toegepast, zodat ze beter aansluiten bij de verschillende soorten financiële ondernemingen (bijvoorbeeld eenmanszaak – multinational). Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 28.

van conventionele ondernemingen.¹⁹⁵ In het VK heeft de FSA ervoor gekozen om een eigen team in te stellen die de Islamitische financiële ondernemingen onderzoekt.¹⁹⁶ Naar mijn mening is het instellen van een apart team door DNB of AFM niet noodzakelijk. Het is wel aan te raden om een interne richtlijn of gedragscode op te stellen. Zo spelen er bij het toezicht op Islamitische financiële ondernemingen een aantal aandachtspunten. Als eerste aandachtspunt geldt bij Islamitische financiering dat DNB en AFM dienen te onderzoeken of het voor de financiële ondernemer duidelijk is in welke markt zij stapt. Dit in verband met de specificiteit van de markt en daaraan verbonden risico's voor zowel de onderneming zelf als voor haar marktpartijen. Art. 8 van het Besluit Markttoegang financiële ondernemingen Wft verplicht financiële ondernemingen bij de vergunningsaanvraag tot het indienen van een businessplan. Hierin dient de aard van de activiteiten die de onderneming wil verrichten te zijn opgenomen. Dit biedt een aanknopingspunt bij de beoordeling of de financiële onderneming weet in wat voor markt hij stapt. In het VK beoordeelt de FSA thans al aan de hand van het businessplan of de aard van de markt, de winstkansen daarin, de aard en intensiteit van de concurrentie en de types producten welke de onderneming wenst aan te bieden wordt begrepen.¹⁹⁷ Dit beleid biedt grote voordelen in het voorkomen van problemen in een vroeg stadium. DNB zal er dan ook goed aan doen, de beoordeling van het businessplan uit te breiden in het geval van Islamitische financiering. De extra eisen die voor het businessplan en de hierna voorgestelde wijzigingen in het geval van Islamitische financiering kunnen in een aparte afdeling aan de Wft worden toegevoegd. In het VK zijn de specifiek opgestelde regelgevende vereisten die zijn toegespitst op de HPP's ook opgenomen in één enkel handboek; het 'Sourcebook for the conduct of business Mortgages and Home Finance'.¹⁹⁸ Hierdoor wordt het voor partijen overzichtelijk aan welke specifieke eisen zij dienen te voldoen. Tevens beoogt de hierin vastgelegde regelgeving de belangen van consumenten veilig te stellen en betere prestaties door de financier te bewerkstelligen.¹⁹⁹

Het tweede aandachtspunt betreft de rol van de *Sharia*-raad. Enerzijds speelt hierbij de vraag of de *Sharia*-raad een beleidsbepalende of adviserende rol heeft. Indien het gaat om een beleidsbepalende rol, dienen de leden van de *Sharia*-raad door DNB op deskundigheid en betrouwbaarheid te worden getoetst. Anderzijds speelt in dit kader de controle op belangenverstrengeling een rol. Doordat er wereldwijd niet meer dan 260 *Sharia*-geleerden zijn, komt het regelmatig voor dat *Sharia*-geleerden in meerdere raden plaatsnemen.²⁰⁰ Dit brengt in beginsel pas problemen met zich mee wanneer zij een beleidsbepalende rol hebben, waardoor de bepaling van de rol van de *Sharia*-raad ook in dit kader relevant is. DNB is echter van mening dat toetsing van de *Sharia*-raad niet nodig is, omdat de *Sharia*-raad optreedt als een soort goedkeuringscomité waarbij zij niet de eindverantwoordelijkheid voor de strategie van de Islamitische financiële onderneming

¹⁹⁵ DNB Kwartaalbericht juni 2007, p. 55.

¹⁹⁶ In het VK is hiervoor gekozen, doordat er specifieke regelgeving geldt in het geval van HPP's. Davies 2002.

¹⁹⁷ Davies 2003.

¹⁹⁸ Dar 2004.

¹⁹⁹ Zo benadrukt de regelgeving de voor- en nadelen van Islamitische financiering.

²⁰⁰ <www.forbes.com/2008/04/21/Sharia-compliance-law-islamic-finance-islamicfinance08-cx_vr_0421compliance.html> laatst geraadpleegd op 20 juli 2009.

draagt.²⁰¹ Naar mijn mening is deze conclusie wat voortvarend en ben ik eerder voorstander van het beleid dat de FSA in het VK hanteert. De FSA heeft er namelijk voor gekozen om iedere *Sharia*-raad en haar geleerden individueel te toetsen. In het VK is namelijk vereist dat iedere persoon die werkzaamheden als directeur van een erkende onderneming verricht of een andere beleidsbepalende rol heeft, geregistreerd is onder de 'FSA Approved Person Rules'. Bij de registratie wordt de geschiktheid van de persoon beoordeeld aan de hand van de 'fit and proper test for approved persons'. Een van de factoren die hierbij wordt bekeken is de 'competency and capability requirement' oftewel de betrouwbaarheid en deskundigheid van beleidsbepalers. Hierbij speelt relevante ervaring bijvoorbeeld een rol. Indien er sprake is van een beleidsbepalende rol zal de FSA direct bekijken of de *Sharia*-raadsleden ook plaatsnemen in andere *Sharia*-raden van verschillende ondernemingen, in verband met het conflicteren van belangen. Hierbij kijkt de FSA onder andere naar de bestuursstructuur, bonussenstructuur en het contract van de *Sharia*-raadsleden.²⁰² De toetsing van de exacte rol van de *Sharia*-raad(sleden) voorkomt naar mijn mening de situatie dat beleidsbepalende personen plaatsnemen in een *Sharia*-raad om enkel te ontkomen aan toetsing van DNB. Bovendien zorgt de wijze van toetsing van de FSA ervoor dat er meer transparantie over de rol en samenstelling van de *Sharia*-raad wordt verkregen.²⁰³ Mijn inziens dient de wijze van toetsing dan ook in een interne richtlijn of gedragslijn te worden opgenomen. De hierdoor verkregen transparantie kan daarnaast versterkt worden door de invoering van een verplichting voor financiële ondernemingen tot het expliciet vastleggen van de reikwijdte van de adviestaken en (beperkte) verantwoordelijkheden van de *Sharia*-raad(sleden), in bijvoorbeeld de statuten van de financiële onderneming.²⁰⁴ Daarnaast zou ook een verplichting in de Wft dienen te worden opgenomen die strekt tot het bekendmaken van de samenstelling van de *Sharia*-raad alsmede de stromingen en nevenactiviteiten van de leden. In het VK bestaat hiertoe thans geen verplichting. De Islamic Bank of Britain (IBB) heeft er echter wel voor gekozen om deze informatie over hun *Sharia*-raad te verstrekken op hun website.²⁰⁵ Dit heeft als positieve effect dat het hierdoor voor de koper duidelijk wordt aan welke stroming de raad haar interpretatie van de *Sharia* ontleend. Waardoor eventuele reputatie- en juridische risico's worden verminderd.²⁰⁶

Een derde aandachtspunt bij Islamitische financiering is naar mijn mening de verplichting voor de financier om op grond van art. 4:20 Wft de koper adequaat te informeren. Deze verplichting bestaat in verband met de aanzienlijke informatie kloof tussen aanbieders van financiële producten en consumenten.²⁰⁷ De complexe juridische vormgeving van Islamitische constructies, welke onderling verschillen en waaraan andersoortige risico's zijn verbonden, maken deze informatie kloof bij Islamitische

²⁰¹ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 29.; DNB Kwartaalbericht Juni 2007, p. 55.

²⁰² Briault 2007; Ainley e.a. 2008, p. 23 e.v.

²⁰³ De toetsing heeft er niet voor gezorgd dat het onmogelijk is voor ondernemingen in het VK om succesvol aan te tonen dat hun *Sharia*-raad slechts een adviserende rol beoefend. Waardoor op het moment twee leden van de *Sharia*-raad van de Islamic Bank of Britain ook deel uitmaken van de vierkoppige *Sharia*-raad van de European Islamic Investment Bank.

²⁰⁴ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 29., DNB Kwartaalbericht Juni 2007, p. 55.

²⁰⁵ De Islamic Bank of Britain is de eerste Islamitische financiële onderneming die in augustus 2004 een vergunningsaanvraag in het VK indiende en welke na het verstrijken van een periode van 18-24 maanden deze vergunning ook kreeg. Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 30-31; Ainley e.a. 2007, p. 24.

²⁰⁶ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 30.

²⁰⁷ <www.dnb.nl/openboek/extern/id/nl/all/40-157458.html> laatst geraadpleegd op 16 juli 2009.

producten alleen nog maar groter. Met als gevolg het risico dat consumenten ongeschikte dan wel op basis van verkeerde redenen financiële producten aanschaffen.²⁰⁸ Adequate informatie kan dit risico verminderen. Waar bij conventionele financiering algemene productinformatie voldoende zal zijn, zal de consument bij Islamitische financiering adequaat geïnformeerd dienen te worden over het *halal*-element in brede zin evenals de specifieke risico's welke aan het product zijn verbonden. Zo kan men gewezen worden op het bestaan van een *fatwa*.²⁰⁹ Uit onderzoek blijkt echter dat financiële ondernemingen *fatwas* nooit openbaar maken en consumenten slechts een samenvatting ter inzage krijgen.²¹⁰ Mijn inziens zou een verplichting voor financiële ondernemingen om een kopie van de gehele *fatwa* te verstrekken aan de consument gewenst zijn, zodat deze rustig de tijd krijgt de voorwaarden te bekijken. De huidige open norm in de Wft is, ondanks dat deze een grote zorgplicht omvat, onvoldoende toereikend in het geval van Islamitische financiering om de belangen van consumenten te waarborgen. Er zijn dan ook aanvullende regels ten aanzien van informatieverstrekking vereist. Het Britse beleid biedt hiervoor een goed alternatief. In het VK is in het 'FSA Handbook'²¹¹ namelijk de verplichting voor financiële ondernemingen opgelegd om consumenten goed geïnformeerd te houden op het gebied van hun HPP. Dit dient te gebeuren gedurende het gehele proces, in alle stadia en niet enkel in het begin zoals de huidige norm in de Nederlandse Wft voorschrijft.²¹² Qua informatie kan het hierbij onder andere gaan om informatie over de aansprakelijkheid, de overeengekomen winstopslag of winst- en verliesformule en de tot nu toe verrichte periodieke betalingen. Het FSA Handbook noemt daarnaast bepaalde situaties waarbij de financiële onderneming verplicht wordt bij het informeren van de consument gebruik te maken van een 'durable medium' (een duurzaam medium). Het gaat hierbij om bepaalde documenten die aan de koper ter beschikking dient te worden gesteld, waaruit relevante informatie blijkt welke specifiek is voor het type document en het stadium van het proces.²¹³ Dit vereiste gaat verder dan de Nederlandse open norm van adequaat informatie verstrekken. Het omvat bovendien mijn voorstel tot het instellen van de verplichting voor ondernemingen om een betreffende *fatwa* ter beschikking te stellen aan de consument. Mijn inziens is het dan ook gewenst dat in de voorgestelde toegevoegde afdeling aan de Wft welke betrekking heeft op Islamitische financiering, een hierop gebaseerde informatieplicht wordt opgenomen.

Bij Islamitische financiering dient als vierde punt van zorg, aandacht uit te gaan naar de bestrijding van witwassen en voorkoming van terrorismefinanciering. Dit in verband met de verplichting van Islamitische ondernemingen om *zakat* af te dragen over hun initiële kapitaal, reserves en winsten.²¹⁴ Sinds 11 september 2001 zijn de liefdadigheidsinstellingen waaraan *zakat* wordt afgedragen, meerdere malen in verband gebracht met terrorismefinanciering. Toezicht op een goede administratie

²⁰⁸ Dit wordt ook wel het risico van 'mis-selling' genoemd.

²⁰⁹ Vlg. Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 30-34.

²¹⁰ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 13.

²¹¹ In het 'FSA Handbook' zijn alle vereisten uit de 'Financial Services and Market Act 2000' (FSMA) in detail uitgewerkt. The Threshold Conditions; FSA Handbook.

²¹² Bij de verschillende stadia kan gedacht worden aan bijvoorbeeld het sluiten van de eerste koopovereenkomst en het overgaan van een gedeelte van het economische of juridische eigendom bij de Islamitische constructies.

²¹³ Voorbeelden hiervan zijn het verzorgen van documenten omtrent risico en de jaarlijkse verklaring. The Banker 2008.

²¹⁴ Handbook Islamic Banking 1986, p. 19-24; Lewis 2001, p. 29-30.

en bedrijfsvoering maken deze geldstromen inzichtelijk, zodat altijd kan worden nagegaan welke bedragen aan wie zijn overgemaakt.²¹⁵ DNB kan dit toezicht in de voorgestelde interne richtlijn of gedragscode opnemen. Met als gevolg dat eventuele politieke bezwaren tegen Islamitische financiering hierdoor worden weggenomen.²¹⁶

5. Fiscale aspecten

5.1 Renteaftrek

Of Islamitische financieringsconstructies in aanmerking komen voor de renteaftrek hangt af van twee bepalingen.²¹⁷ Allereerst dient er sprake te zijn van een eigen woning van de koper op grond van art. 3.111 Wet Inkomstenbelasting 2001 (Wet IB) om in aanmerking te komen voor de belastingaftrek. Ten tweede dient te worden vastgesteld welke kosten op grond van art. 3.120 Wet IB door de koper mag worden afgetrokken in de aangifte inkomstenbelasting.

Bij de *murabaha*-financiering die als koopovereenkomst kan worden gekwalificeerd verkrijgt de koper direct het juridische eigendom alsmede het economisch eigendom. Waardoor krachtens art. 3.111 Wet IB sprake is van een eigen woning.²¹⁸ Dit heeft tot gevolg dat de koper, op grond van art. 3.120 eerste lid, sub a Wet IB, 'de renten van schulden', waaronder 'de kosten van geldleningen', die behoren tot de eigen woningschuld mag aftrekken in de aangifte van inkomstenbelasting. De formulering van art. 3.120 eerste lid sub a Wet IB zorgt echter voor een probleem, doordat het artikel spreekt over 'renten'. Door deze formulering kunnen mijn inziens de periodieke betalingen bij Islamitische financiering niet worden afgetrokken. De Wet IB 2001 kent bovendien geen definitie van het begrip 'rente'. Ter invulling van dit begrip heeft de Hoge Raad in haar arrest van 15 juli 1980 overwogen dat 'van rente slechts kan worden gesproken indien en voor zover het ten titel van rente te betalen bedrag ook door partijen is bedoeld als vergoeding voor de ter beschikkingstelling van een hoofdsom'.²¹⁹ Op 13 maart 1985 heeft de Hoge Raad dit arrest nader ingevuld. De Hoge Raad besliste dat ondanks het feit dat geen geldschuld is aangegaan, de overeengekomen vergoeding voor een vervroegde terbeschikkingstelling van een koopsom moet worden behandeld als 'rente' en daardoor aftrekbaar is.²²⁰ Hooft en Muller stellen hierdoor dat de winstopslag van een Islamitische financiering wel degelijk aftrekbaar is.²²¹ Ik ben echter van mening dat dit niet het geval is. De aard van Islamitische financiering verzet zich hiertegen. Zo is hierbij de winstopslag geabstraheerd in de

²¹⁵ Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 31.

²¹⁶ Antwoord van de Minister van Financiën, 23 juli 2007.

²¹⁷ De renteaftrek maakt het mogelijk om kosten die zijn afgesloten voor het kopen, verbeteren of onderhouden van de eigen woning, fiscaal af te trekken. <http://www.belastingdienst.nl/particulier/alsueenwoning_koopt/alsueenwoningkoopt-02.html#P21_1390> laatst geraadpleegd op 6 juli 2009; Stevens 2007, p. 293.

²¹⁸ Art. 3.111 lid 1 sub a Wet IB 2001 stelt dat er sprake is van een eigen woning indien de belastingplichtige (1) het eigendom van de woning verkrijgt (juridisch eigendom), en (2) als hem de waardeverandering van de woning grotendeels (meer dan 50%) aangaat (economisch eigendom). Met juridische eigendom wordt het civielrechtelijke begrip eigendom van art. 5:1 BW bedoeld. Het economisch eigendom daarentegen verwijst naar het fiscale begrip wat hiervoor al aan bod is gekomen. Er is hierbij nog geen sprake van verkrijging van bezit en evenmin van een juridische levering of overdracht, maar het gehele belang en risico is al wel overgegaan op de economische eigenaar. Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 288. Verstraaten & Waaijer 1999, p. 129-130.

²¹⁹ HR 15 juli 1980, L/JN AW9931, 19 942, BNB 1980/315.

²²⁰ HR 13 maart 1985, L/JN AW8329, 22 778, BNB 1986/231 (m.nt. A. Hartman).

²²¹ Hooft & Muller 2008, p. 5.

koopsom, waardoor deze niet meer als iets individueels geïdentificeerd kan worden. Van een lening is daarnaast allerminst sprake, doordat Islamitische financieringsconstructies juist enkel gericht zijn op de rechtsovergang van een goed. De winststopslag brengt in deze verhouding geld als tegenhanger van een goed en niet als een loutere vergoeding voor de terbeschikkingstelling van de hoofdsom. Vanuit Islamitisch perspectief is noch naar vorm of noch naar inhoud dan ook sprake van rente.²²² Het Hof Amsterdam komt tot een vergelijkbaar oordeel, wanneer het beslist dat de vraag 'of in aflossingen rente is begrepen beoordeeld dient te worden naar de bedoeling van partijen'. In de annotatie van deze uitspraak wordt nog opgemerkt dat, hoewel in het door het Hof berechte geval economisch wel van rente gesproken kan worden, fiscaal dus geen rente kan worden onderkend.²²³ Zou fiscaal tot aftrek kunnen worden geconcludeerd, dan wordt niet alleen miskend dat partijen anderszins hebben beoogd, maar op dat moment zou ook de economische realiteit van de koopsom worden genegeerd.²²⁴ Het feit dat de winststopslag niet als rente kan worden afgetrokken wordt bevestigd door de Belastingdienst. Zij stelt dat de Islamitische constructies niet voldoen aan de vereisten hiervoor.²²⁵ Om dit financiële nadeel bij Islamitische financiering weg te nemen kan aansluiting worden gezocht bij het VK. Daar speelt dit probleem geen rol, doordat sinds april 2000 de zogenaamde 'mortgage interest tax relief' (vergelijkbaar met de hypotheekrenteaftrek) is afgeschaft. Tot 1974 bestond er in het VK een volledige renteaftrek. Volgens de Britse overheid werd het systeem onbetaalbaar en voerde daarom in eerste instantie beperkingen in, wat tot de totale afschaffing heeft geleid.²²⁶ Ondanks dat Nederland een van de weinige landen in de Europese Unie is die de hypotheekrenteaftrek (nog) kent, ben ik geen voorstander van afschaffing hiervan. Zo kunnen afschaffing of beperking in beginsel leiden tot hogere maandlasten. Daarnaast zal het ook grote gevolgen kunnen hebben voor de prijzen van onroerend goed.²²⁷ Bovendien bestaat er naar mijn mening een beter alternatief. Zo kan de term 'renten' van art. 3.111 Wet IB worden gewijzigd. Indien er gekozen wordt voor bijvoorbeeld de term vergoeding, zouden de kosten van Islamitische financieringsconstructies wel in aanmerking kunnen komen voor aftrek. Daarnaast zal moeten worden vastgesteld welke deel van de periodieke vergoeding bij Islamitische financieringsconstructies de koper exact kan aftrekken. Gezien de aard van Islamitische financieringsconstructies kan hierbij niet enkel de winststopslag worden genomen. Deze is namelijk geabstraheerd in de koopsom en niet meer individueel te identificeren. Het is naar mijn mening wel mogelijk dat de wetgever vaststelt dat een bepaald percentage van de periodieke vergoeding bij Islamitische financiering voor aftrek in aanmerking komt. Indien dit percentage overeenkomt met de rente zal dit tot gevolg hebben dat zowel Islamitische als conventionele varianten op dezelfde wijze door de Wet IB worden behandeld, wat naar mijn mening de voorkeur treft.

²²² Kranenborg & Talal 2007, p. 1266.

²²³ Hof Amsterdam 26 augustus 1981, nr. 2914/78; MK III, V-N 1998, p. 1202, punt 17.

²²⁴ Kranenborg & Talal 2007, p. 1267.

²²⁵ Op de exacte motieven wil de fiscus echter niet ingaan. Trouw 2007.

²²⁶ Eerst werd het aftrekbare bedrag aan een maximum gebonden van £ 25.000. Vanaf 1991 werd het belastingtarief waartegen de hypotheekrenteaftrek gebeurde, stapsgewijs verlaagd tot 10% in 1998. Uiteindelijk werd dat tarief verder verlaagd tot nul; Holmans & Whitehead 1997, p. 38; Kleinman 1996, p 29-31; Boelhouwer e.a. 2001, p. 116-117.

²²⁷ <www.elsevier.nl/web/1044151/Dossiers/De-hypotheekrenteaftrek/Einde-aan-de-aftrek.htm> laatst geraadpleegd op 20 juli 2009.

Indien een *murabaha*-constructie of een *ijara wa-iqtina*-constructie als huurkoop kan worden gekwalificeerd, kan de onroerende zaak als eigen woning worden gekwalificeerd krachtens art. 3.111 Wet IB. De koper verkrijgt hierbij het juridisch eigendom pas wanneer deze alle periodieke betalingen aan de financier heeft voldaan. Het economisch eigendom daarentegen verkrijgt de koper wel direct bij aanvang van de overeenkomst. De koper verkrijgt namelijk het volledige gebruikersrecht.²²⁸ Daarnaast volgt uit de parlementaire behandeling van art. 2 Wet op de belastingen van rechtsverkeer (WBR) dat een huurkoper op het moment van het aangaan van een huurkoopovereenkomst geacht wordt het economische eigendom te hebben verkregen.²²⁹ Bovendien is de belofte van de koper om de onroerende zaak bij een opeisingsgebeurtenis tegen de vooraf vastgestelde waarde van de financier te kopen, dusdanig dwingend dat waardeveranderingen de koper daadwerkelijk raken.²³⁰ Mijn inziens kan er hierdoor gesteld worden dat er sprake is van economisch eigendom waardoor de koper in aanmerking komt voor de belastingaftrek.²³¹ Ook hierbij zorgt de formulering van art. 3.120 eerste lid, sub a Wet IB er echter voor dat de periodieke betalingen niet onder de term rente vallen en deze dus niet aftrekbaar zijn.

Als de *ijara wa-iqtina*-constructie in de vorm van een recht op vruchtgebruik wordt gegoten is op grond van art. 3.111 lid 1 sub b Wet IB sprake van een eigen woning. Ook hierbij zorgt de formulering van art. 3.120 Wet IB ervoor dat de periodieke betalingen niet onder de term rente vallen en deze dus ook niet aftrekbaar zijn.

Ook wanneer de *ijara wa-iqtina*-constructie in de vorm van een erfpachtrecht wordt gegoten komen de periodieke betalingen (canons) niet in aanmerking voor aftrek. Doordat bij dit erfpachtrecht de canon grond en opstal gerelateerd is kwalificeert deze fiscaal als een huuranaloog erfpachtrecht met als gevolg dat de canon fiscaal niet aftrekbaar is.²³² Enkel wanneer er een minimale looptijd van 25 jaar geldt en er enkel een grondwaarde gerelateerde canon dient te worden betaald, komen de canons op grond van art. 3.120 lid 1 sub B Wet IB wel in aanmerking voor aftrek. Er mag in dat geval geen periodieke canon worden betaald ter zake van de opstal. Voor de opstal dient de koper direct bij het aangaan van de overeenkomst een vergoeding welke overeenkomt met de waarde in het economisch verkeer in één keer te voldoen. Hierdoor verkrijgt de koper het volle economische eigendom van de opstal. Bij beëindiging van het erfpachtcontract verkrijgt de koper de waarde in het economische verkeer van de opstal op dat moment vergoed.²³³ Deze constructie is echter niet in overeenstemming met de *ijara wa-iqtina*-constructie alsmede het doel daarvan namelijk juridische eigendomsverkrijging. Waardoor de betaalde canons bij een *ijara wa-iqtina*-constructie niet in aanmerking komt voor renteaftrek.

²²⁸ Wat volgens de directeur-generaal Belastingdienst vereist is voor economische eigendom. Besluit van 27 januari 2006, nr. CPP2005/2574M, VN 2006/11.11, BNB 2006/160, paragraaf 1.1.

²²⁹ *Kamerstukken II* 1994/1995, 24 172, nr. 20B, V-N 1995, p. 4158, punt 24 (NV). Bij de genoemde islamitische constructies neemt de koper in economische zin een vergelijkbare positie in als de huurkoper. Hooft & Muller 2008, p. 8.

²³⁰ Aldus ook Hooft & Muller 2008, p. 8.

²³¹ Aalbrechtse en Cornelisse maken hierbij de kanttekening dat een mogelijke toepassing van art. 11 lid 3 TWHOZ een gedeeltelijke beperking van het economisch risico inhoudt van de koper. Art. 11 lid 3 TWHOZ stelt namelijk dat indien de huurkoop wordt ontbonden, de huurkoper recht heeft op terugbetaling van de door hem in mindering op de koopsom betaalde aflossingen, onverminderd zijn gehoudenheid tot vergoeding van de door de huurverkoper geleden schade. Aalbrechtse & Cornelisse 1993, p. 2.

²³² Duijvestuin 2006.

²³³ *Praktijkids hypotheek* 2008, p. 172-173.

Bij de *musharaka mutanagisa*-constructie is er vanaf het moment van aankoop sprake van juridisch eigendom. Of er sprake is van economisch eigendom, zal per geval dienen te worden bepaald. Hiervoor is namelijk vereist dat de koper bij aanvang van de aankoop een belang van 50% of meer heeft. Dit belang zal ook gefinancierd moeten worden. Doordat deze instap relatief omvangrijk is, zal het in de praktijk dan ook weinig voorkomen dat de koper bij een *musharaka mutanagisa*-constructie in aanmerking komt voor de renteaftrek.²³⁴ In dit kader wordt in de literatuur dan ook voorgesteld om het percentage van economisch eigendom te verlagen, naar eventueel 20%.²³⁵ Dit is naar mijn mening geen optie. Vereist is namelijk dat de mate van gerechtigheid en het belang van waardeverandering de economische eigenaar grotendeels, dat wil zeggen voor minimaal 50%, moet aangaan.²³⁶ In dit kader zie ik voor de *musharaka mutanagisa*-constructie dan ook geen oplossing. Bovendien speelt hierbij ook het probleem van de formulering van art. 3.120 lid 1, sub a Wet IB, waardoor het thans niet mogelijk is de periodieke betalingen als rente af te trekken. Deze belemmering is echter wel weg te nemen, zoals hiervoor aan bod is gekomen.

5.2 Overdrachtsbelasting

De huidige vormgeving van de in art. 2 lid 1 WBR opgenomen overdrachtsbelasting, zorgt in het geval van Islamitische financieringsconstructies voor twee nadelen, namelijk het aantal heffingen en de hoogte van de overdrachtsbelasting.²³⁷

Het aantal heffingen van de overdrachtsbelasting is bij Islamitische financiering een nadeel, doordat bij zowel de economische als de juridische overdracht van onroerend goed, overdrachtsbelasting is verschuldigd. Bij de *murabaha*-constructie die als koopovereenkomst kan worden gekwalificeerd leidt dit echter niet tot een probleem. De financier zal op grond van de eerste koopovereenkomst met de verkoper de onroerende zaak in eigendom overgedragen krijgen. Hierdoor is de financier overdrachtsbelasting verschuldigd. De hoogte hiervan zal hij meenemen bij de bepaling van de winstopslag. Vervolgens zal de financier de onroerende zaak, op grond van de tweede overeenkomst, aan de koper zowel juridisch als economisch overdragen. Art. 13 eerste lid WBR bepaalt dat bij een doorverkoop binnen zes maanden het bedrag van de verschuldigde overdrachtsbelasting (tweede verkoop), verminderd wordt met het bedrag aan overdrachtsbelasting dat al voldaan is (eerste verkoop). Hierdoor zal er slechts betaald dienen te worden over eventuele waardeverschillen. Aangezien de periode tussen de twee overdrachten minimaal is, zal hierbij zelden sprake zijn van een waardeverschil.

Bij de *murabaha*-constructie welke als huurkoop kan worden gekwalificeerd en bij de *ijara wa-*iq*tina*-constructie zal er echter wel sprake zijn van een dubbele heffing van overdrachtbelasting.²³⁸

²³⁴ Aalbrechtse & Cornelisse 1993, p. 2.

²³⁵ Chalchi 2008.

²³⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2006, nr. CPP2005/2547M, BNB 2006/160, VN 2006/11.11; Van den Berg, Kock & Van Waart 2006, p. 45; Van den Berg 2006, p. 25.

²³⁷ Art. 2 lid 1 WBR omschrijft de overdrachtsbelasting als een belasting ter zake van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of van rechten waarvan deze zijn onderworpen. Bijl 1998, 145-146.

²³⁸ Het maakt hierbij niet uit of de constructie gekwalificeerd kan worden als huurkoop, recht van erfpacht of vruchtgebruik.

Zodra de financier het juridisch eigendom overgedragen krijgt door de verkoper, is hierover overdrachtsbelasting verschuldigd. De koper zal vervolgens direct het economisch eigendom verkrijgen, waarover wederom overdrachtsbelasting verschuldigd is. Indien dit binnen een termijn van zes maanden gebeurt speelt art. 13 lid 1 WBR, zoals zojuist besproken, een rol. De financier draagt het juridisch eigendom pas over aan de koper wanneer deze alle periodieke betalingen heeft voldaan. Dan is er in beginsel nogmaals overdrachtsbelasting verschuldigd. Aangezien het hier uitsluitend gaat om de levering van het juridisch eigendom bepaald art. 9 lid 4 WBR dat in dat geval de al betaalde overdrachtsbelasting bij de verkrijging van het economisch eigendom in mindering mag worden gebracht. Waarvoor enkel over een eventuele waardestijging van de onroerende zaak overdrachtsbelasting dient te worden betaald.²³⁹ Het aantal heffingen leidt ertoe dat de kosten voor de koper bij deze financiële constructies hoger zijn dan bij conventionele equivalenten.²⁴⁰

De huidige vormgeving van de overdrachtbelasting in Nederland zorgt bij de *musharaka mutanagisa*-constructie zelfs voor meerdere heffingen. Allereerst wanneer de onroerende zaak wordt aangekocht en de verkoper het juridisch eigendom overdraagt aan doorgaans de financier, is overdrachtsbelasting verschuldigd.²⁴¹ Indien de koper direct als economisch eigenaar kan worden aangemerkt, is vanaf het moment van het aangaan van de *musharaka mutanagisa*-overeenkomst overdrachtsbelasting verschuldigd. Vervolgens zal de financier na ontvangst van iedere periodieke betaling van de koper een gedeelte van het economisch eigendom overdragen. Waardoor de koper bij iedere overdracht overdrachtsbelasting is verschuldigd. Tot slot zal bij de overdracht van het juridische eigendom aan het einde van de *musharaka mutanagisa*-constructie ook nog eens overdrachtsbelasting betaald dienen te worden. De huidige wijze van heffing van overdrachtsbelasting maakt het aanbieden van een *musharaka*-constructie in Nederland dan ook onaantrekkelijk.²⁴²

In het VK zorgde de 'Stamp Duty Land Tax' (SDLT) bij Islamitische financiering voor hetzelfde probleem. SDLT is een belasting welke in beginsel geheven wordt bij de eigendomsoverdracht van onroerende goederen, zoals woningen, appartementen, andere gebouwen en grond.²⁴³ De SDLT is dus vergelijkbaar met de Nederlandse overdrachtsbelasting. In het VK zorgde de structuur van Islamitische onroerend goed financieringsconstructies dat in de periode voor 2003 er dubbele SDLT-heffingen of bij de *musharaka mutanagisa*-constructie zelfs nog meerdere heffingen betaald dienden te worden. Doordat het hier gaat om twee handelingen welke uitsluitend worden uitgevoerd om één Islamitische financieringsvorm mogelijk te maken, heeft de Britse regering besloten de 'Finance Act 2003', waarin de SDLT is geregeld, te wijzigen. Dit werd bewerkstelligd door het toevoegen van een extra clause, waarin een vrijstelling voor SDLT werd opgenomen voor diverse soorten 'alternative

²³⁹ Indien de *ijara wa-iqtina*-overeenkomst tussentijds is beëindigd, bijvoorbeeld als gevolg van het niet voldoen van de termijnen, is art. 19 WBR van toepassing. Hierdoor kan op verzoek een teruggaaf van de betaalde overdrachtsbelasting worden verleend. Hooft & Muller 2008, p. 8.

²⁴⁰ Hooft & Muller 2008, p. 5-6; Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 26; Visser 2008, p. 14.

²⁴¹ Bij consumentenfinanciering zal het juridisch eigendom doorgaans aan de financier worden overgedragen wanneer gebruik wordt gemaakt van een gemeenschap of stille maatschap. Zie hoofdstuk 3.

²⁴² Hooft & Muller 2008, p. 8.

²⁴³ <www.hmrc.gov.uk/sdl/basic.htm> laatst geraadpleegd op 6 juli 2009; <www.hmrc.gov.uk/sdl/return/intro.htm> laatst geraadpleegd op 6 juli 2009.

finance arrangements'.²⁴⁴ Hierin wordt geconcretiseerd dat wanneer het feitelijk gaat om één verkoop de consument vrijgesteld wordt van de tweede en volgende SDLT heffingen. De wijziging van de SDLT heeft geleid tot een boost van *Sharia* compliantie onroerend goed financieringsproducten in het VK, doordat zij financieel aantrekkelijker zijn geworden.²⁴⁵ De Nederlandse overdrachtbelasting dient naar mijn mening op dezelfde wijze te worden gewijzigd. Dit kan middels de toevoeging van een extra bepaling aan de WBR. Dit is gerechtvaardigd gezien het feit dat met de splitsing tussen economisch en juridisch eigendom bij Islamitische constructies geen fiscaal voordeel wordt beoogd.²⁴⁶

Naast het aantal heffingen zorgt ook de hoogte van de overdrachtsbelasting voor fiscaal nadeel bij Islamitische financiering. In art. 9 lid 1 WBR is bepaald dat de heffingsmaatstaf voor de hoogte van de overdrachtsbelasting ten minste gelijk is aan de tegenprestatie. In het geval van eigendomsoverdracht van een onroerende zaak zal er dus belasting dienen te worden betaald over de waarde van de onroerende zaak in het economisch verkeer.²⁴⁷ Bij Islamitische financieringsproducten betekent dit naar mijn mening dat de koopsom van de onroerende zaak, waarin de winstopslag is verwerkt, als tegenprestatie moet worden gekwalificeerd.²⁴⁸ Doordat de winstopslag hierbij wordt meegenomen heeft dit tot gevolg dat de hoogte van de overdrachtsbelasting bij Islamitische producten hoger ligt dan bij conventionele producten. Reden hiervoor is dat de winstopslag is geabstraheerd in de koopsom en deze dus niet meer apart kan worden bepaald. Het is naar mijn mening daardoor niet mogelijk om binnen die koopsom tegenprestaties te onderscheiden. Hooft en Muller gaan aan dit feit voorbij. Zij stellen dat de winstopslag niet meetelt bij de berekening van de tegenprestatie in de zin van de WBR en verwijzen hierbij naar de uitspraak van het Hof van Leeuwarden van 23 september 1974.²⁴⁹ Hierbij was het Hof van mening dat het 'rente' element uit een renteloze schuld buiten beschouwing moet worden gelaten bij de bepaling van de waarde van de tegenprestatie in de zin van de WBR. Met als gevolg dat het Hof aansluiting zocht bij de contante c.q. reële waarde van de overgedragen zaak en niet bij de koopsom welke in de akte werd genoemd.²⁵⁰ Mijn inziens kan de transactie en betalingsregeling in dit arrest bovendien niet gelijk gesteld worden met die van Islamitische constructies.

Het fiscale nadeel wat betreft de hoogte van de overdrachtsbelasting wordt weggenomen indien de WBR wordt gewijzigd naar het model van het VK, zoals hiervoor is betoogd. In dat geval is bij Islamitische financiering slechts overdrachtbelasting verschuldigd wanneer de financier het juridisch eigendom overgedragen krijgt. Bij de bepaling van de tegenprestatie zal de koopsom worden gehanteerd welke door de financier aan de verkoper is betaald. Waardoor de hoogte van de

²⁴⁴ In bijlage 3 zijn deze concrete wijzigingen opgenomen.

²⁴⁵ <www.hm-treasury.gov.uk/press_31_05.htm> laatst geraadpleegd op 20 juli 2009.

²⁴⁶ Zo wordt een goedkeurend besluit van de Staatssecretaris van Financiën of door toepassing van de hardheidsclausule welke is opgenomen in art. 63 Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr) genoemd. Hooft & Muller 2008, p. 8-13.

²⁴⁷ Dit is de hoogste verkoopprijs die de koper kan krijgen wanneer deze de onroerende zaak te koop aanbiedt op de vrije markt. De Belastingdienst gaat er vanuit dat die minimaal gelijk is aan de koopsom plus de eventuele lasten, zoals de extra kosten bij een veiling. Hierover dient de eigenaar 6% aan de Belastingdienst te voldoen. Art. 14 lid 1 WBR; <www.belastingdienst.nl/variabel/overdrachtsbelasting/overdrachtsbelasting09.html#P70_4977> laatst geraadpleegd op 6 juli 2009.

²⁴⁸ Aldus ook Visser 2008, p. 14.

²⁴⁹ Hof Leeuwarden 23 september 1974, BNB 1975/108.

²⁵⁰ Hooft & Muller 2008, p. 5.

overdrachtbelasting bij Islamitische financiering gelijk is als bij conventionele equivalenten. In het VK heeft de hoogtebepaling van de SDLT dan ook voor geen problemen gezorgd.

Tot slot wil ik wijzen op het feit dat bij iedere juridische eigendomsoverdracht van een onroerende zaak op grond van art. 3:89 BW een notariële akte is vereist. Aan het opstellen van deze akte door de notaris zijn kosten verbonden. Bij de *murabaha*- en de *ijara wa-iqtina*-constructie betekent dit dat er tweemaal een notariële akte verplicht is, waardoor er dus tweemaal notariskosten dienen te worden betaald. Bij de *musharaka mutanagisa*-constructie zal zelfs bij iedere gedeeltelijke overdracht een gang naar de notaris vereist zijn, waardoor de kosten hierbij zeer hoog kunnen oplopen. Zo zal de financier na ontvangst van iedere periodieke betaling een gedeelte van het juridische eigendom aan de koper overdragen.

6. Conclusie

De Islamitische constructies ter financiering van onroerend goed zijn op verschillende wijzen onder het Nederlandse civiele recht vorm te geven. De *murabaha*-constructie past enkel binnen het Nederlandse civiele systeem wanneer de financier het juridisch eigendom direct overdraagt na aanvang van de overeenkomst met de koper. De *ijara wa-iqtina*-constructie is in Nederland slechts mogelijk wanneer deze gebaseerd is op een erfpachtstructuur of vruchtgebruik en in een afzonderlijke overeenkomst een optie tot verkrijging van bloot eigendom wordt verstrekt aan de koper. De mogelijkheden voor de *murabaha*- en *ijara wa-iqtina*-constructie kunnen worden vergroot, indien art. 2 lid 3 sub a en art. 12 TWHOZ, welke thans in strijd met de *Sharia* zijn, worden gewijzigd. De *musharaka mutanagisa*-constructie kent in beginsel geen beperkingen en past dan ook in verschillende vormen binnen het Nederlandse civiele recht. Indien er een geschil voordoet bij Islamitische financiering biedt het Nederlandse civiele recht ook voldoende mogelijkheden voor de beslechting hiervan. Zo kan de overheidsrechter op grond van de redelijkheid en billijkheid Islamitische rechtsovertuigingen van partijen meenemen bij de beslechting van dat geschil. Daarnaast bestaat er voor partijen de mogelijkheid zich te wenden tot arbitrage.

De structuur van Islamitische financieringsconstructies alsook het verschil in organisatiestructuur van Islamitische financiële ondernemingen met die van conventionele ondernemingen, brengt daarnaast wel bepaalde risico's met zich mee. In dit kader is het van belang dat partijen bewust zijn van het onderscheid met conventionele financiering. De keuze voor een Nederlandse (overkoepelende) term voor de Arabische termen zou dit onderscheid verduidelijken. Daarnaast kan de Nederlandse overheid, middels Postbus 51 reclames bijvoorbeeld, duidelijke en onpartijdige informatie verstrekken over de specifieke risico's en mogelijkheden tot beperking hiervan. Tot slot leiden deze verschillen tot een aantal aandachtspunten wat betreft het toezicht door DNB en AFM. Waardoor het mijn inziens gewenst is de Wft op een aantal punten te wijzigen en een interne richtlijn of gedragscode voor DNB en AFM op te stellen. Bij de wetswijziging zal het gaan om extra vereisten aan het businessplan en een meer omvattende informatieplicht voor de financier. De interne richtlijn

zal betrekking hebben op de beoordeling van de rol van de *Sharia*-raad en het toezicht op de afdracht van *zakat*.

Voor Islamitische financiële ondernemingen is het mogelijk een vrijwillige vergunning te verkrijgen. Hierdoor bestaat er voor DNB niet de mogelijkheid om de rechter te verzoeken om de noodregeling toe te passen op de onderneming. In dat kader en in verband met de verminderde consumentenbescherming als de onderneming geen vergunning aanvraagt is het mijn inziens gewenst om de Wft aan te passen. Hiervoor is vereist dat de definitie van goederenkrediet wordt gewijzigd, waardoor Islamitische financieringsconstructies hieronder vallen.

De huidige vormgeving van de renteaftrek en overdrachtsbelasting in Nederland vormt geen fundamentele fiscale belemmering, maar zorgt er wel voor dat Islamitische producten duurder zijn dan conventionele equivalenten. Bij de renteaftrek zorgt de formulering van art. 3.111 en art. 3.120 eerste lid, sub a en b Wet IB ervoor dat de kosten van Islamitische constructies niet voor aftrek in aanmerking kunnen komen. Deze belemmering kan worden weggenomen door het wijzigen van de term rente in bijvoorbeeld vergoeding. Daarnaast zal moeten worden vastgesteld welk deel van de koopsom bij Islamitische financiering voor aftrek in aanmerking komt. Hierbij kan mogelijk aan een vast percentage worden gedacht. Islamitische financiering resulteert daarnaast in een dubbele of zelfs meerdere heffingen overdrachtsbelasting. Mijn inziens dient de WBR in dit kader aangepast te worden. Waardoor het in gevallen waar slechts één overdracht beoogd wordt, slechts eenmaal belast worden met overdrachtsbelasting en worden vrijgesteld voor volgende heffingen. Deze wijziging zal tevens het tweede nadeel wat verbonden is aan de overdrachtsbelasting bij Islamitische constructies wegnemen. Het betreft hier de hoogte van de heffing. De voorgestelde wijziging bewerkstelligt dat bij de berekening van de tegenprestatie hierbij de koopsom van de eerste koopovereenkomst gehanteerd dient te worden. De meerdere overdrachten van Islamitische financieringsconstructies leiden bovendien tot hoge bijkomende notariskosten. Dit in verband met het vereiste van een notariële akte bij de juridische eigendomsoverdracht van een onroerende zaak. Gezien de zekerheid die de notariële akte geeft, acht ik het niet wenselijk om dit vereiste te schappen in het geval van Islamitische financieringsconstructies.

Uit dit onderzoek kan worden opgemaakt dat er op het moment noch juridische noch fiscale belemmeringen van fundamentele aard zijn die het op de Nederlandse markt brengen van Islamitische constructies ter financiering van onroerend goed verhinderen. De huidige wetgeving zorgt er echter wel voor dat de consument minder beschermd is en dat de kosten welke verbonden zijn aan Islamitische financiering hoger zijn dan bij conventionele equivalenten. Door de door mij voorgestelde aanpassingen, kunnen deze nadelen echter grotendeels worden beperkt.

Bijlage 1 Overzicht Islamitische contracten ter financiering van onroerend goed

Bron: El Hawary, Grais & Iqbal 2004, p.7; Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008, p. 14.

Bijlage 2 Schema's Islamitische financieringsconstructies

De financiering op grond van een *murabaha*-constructie ziet er in een schema als volgt uit:

Eigendom onroerend goed	Eigendom onroerende zaak
Koopovereenkomst (1)	Koopovereenkomst (2)
Koopprijs	Koopprijs (waarin winstopslag verwerkt)

De financiering van onroerend goed gebaseerd op een *ijara wa-iqtina*-constructie ziet er als volgt uit:

Eigendom onroerend goed	Gebruikersrecht + eigendomsrecht na voldoening alle periodieke betalingen
Koopovereenkomst (1)	Koopovereenkomst (2)
Koopprijs	Periodieke betalingen (koopprijs waarin winstopslag verwerkt)

De *musharaka mutanagisa* -financiering van onroerend goed verwerkt in een schema ziet er als volgt uit:

Eigendom onroerend goed	Gebruikersrecht + % aandeel in onroerende zaak
Koopovereenkomst	Samenwerkingsverband
Koopprijs	Aanbetaling + periodieke betalingen (bestaand uit gedeelte huur & koopprijs)

Bijlage 3 SDLT wijzigingen in detail

De wijzigingen in de Finance Act 2003, 2005 en 2006 hebben ertoe geleid, dat een vrijstelling voor Stamp Duty Land Tax (SDLT) is opgenomen voor diverse 'alternative finance arrangements'.

Zo is in Section 71a een vrijstelling opgenomen welke van toepassing is in het geval een financiële onderneming onroerend goed koopt of een onverdeeld gedeelte daarin en deze vervolgens een lease of sub-lease verleent of terugverleent aan een persoon die het recht heeft de terugkeer te verkrijgen. Deze vrijstelling geldt ook in het geval waarbij de onroerende zaak is verkocht in afbetalingstermijnen. In detail betekent dit dat de vrijstelling wordt verleend in overeenkomsten tussen een persoon en een financiële onderneming, waarbij:

1. de financiële onderneming een 'major interest' (groot aandeel) in de onroerende zaak koopt of een onverdeeld aandeel in de eerste transactie heeft,
2. de financiële onderneming een lease of sub-lease verleent aan de persoon welke partij is bij de tweede transactie en
3. de financiële onderneming gaat een overeenkomst aan met de persoon welke partij is bij de tweede transactie. Deze persoon verkrijgt hierdoor het recht op overdracht van de 'major interest' van de financiële onderneming welke door de financiële onderneming bij de eerste transacties is aangekocht.

Door deze bepaling is de eerste transactie, de aankoop van de financiële instelling, ontheven van SDLT, mits de koper partij is bij de tweede transactie en deze geen andere financiële onderneming is. De tweede transactie, de verlening van lease of sub lease, is vrijgesteld, als de SDLT-heffing van de in verhouding staande eerste transactie is voldaan. Daarnaast is iedere transactie aan de persoon welke partij is bij de tweede transactie, als gevolg van uitvoering van het recht als genoemd bij 3 ook vrijgesteld van SDLT-heffing wanneer de in verhouding staande eerste en tweede transactie zijn voldaan.

Naast Section 71a is Section 73a ingevoerd. Deze vrijstelling is van toepassing wanneer een financiële onderneming een onroerende zaak koopt en deze (terug)verkoopt tegen een hogere prijs verzwaard met een rentevrij hypotheekrecht op het onroerende goed. In detail omvat deze vrijstelling overeenkomsten tussen een persoon en een financiële onderneming waarbij:

1. de instelling een 'major interest' (groot aandeel) in de onroerende zaak koopt (de eerste transacties) en
2. dit aandeel verkoopt (tweede transactie) en
3. de koper de financiële onderneming een hypotheekrecht over dat aandeel verschaft.

Deze bepaling zorgt ervoor dat de eerste transactie van SDLT is vrijgesteld, mits de koper partij is bij de tweede transactie of een financiële onderneming is welke recht heeft op het aandeel van die persoon op grond van een tussen hen gesloten overeenkomst. De tweede transactie is uitgezonderd van SDLT, wanneer de eerste SDLT-heffing in verhouding staat tot de eerste transactie waarbij al SDLT is voldaan en SDLT is betaald over tenminste de marktwaarde van het aandeel wat is

verworven, inclusief elke vorm van huur in het geval van lease.²⁵¹ Doordat de tweede heffing van SDLT door deze bepalingen komt te vervallen, is er een dubbele SDLT meer verschuldigd wanneer onroerend goed wordt verkocht op basis van een *ijara*- of *murabaha*-overeenkomst.²⁵² Deze clause is in 2005 van overeenkomstige toepassing verklaard voor de *musharaka mutanagisa*-overeenkomsten. Bij *musharaka mutanagisa*, gaat het om een aanvankelijke gezamenlijke eigendom van de financier en consument. Met elke verrichte betaling ontstaat een gedeeltelijke overdracht van eigendom. Voor de wijziging zou dit tot gevolg hebben dat er veelvoudige lasten aan SDLT zouden zijn ontstaan. Door de afschaffing van dubbele SDLT-heffing is de belemmering voor Islamitische onroerend goed financieringsconstructies op dit gebied weggenomen.²⁵³

²⁵¹ Humprey & Freedman 2007, p. 197-201.

²⁵² Part 4, UK Finance Act 2003; <www.hm-treasury.gov.uk/press_31_05.htm> laatst geraadpleegd op 6 juli 2009.

²⁵³ <www.hm-treasury.gov.uk/press_31_05.htm> laatst geraadpleegd op 6 juli 2009.

Literatuurlijst

Boeken

Abdul Gafoor 1996

A.L.M. Abdul Gafoor, *Participatory financing through investment banks and commercial banks*, Groningen: Apptec 1996.

Abdul Gafoor 2002

A.L.M. Abdul Gafoor, *Interest-free commercial banking*, Groningen: Apptec 2002.

Abdul Hamid El-Ahdab 2008

Abdul Hamid El-Ahdab, *Arbitration with Arab Countries*, Kluwer Law International 1990.

Al-Omar & Haq 1996

F. Al-Omar & M.K.A. Haq, *Islamic Banking: Theory, Practice, and Challenges*, Zed Books 1996.

Asser/Mijnssen e.a. 2003 (3-III)

C. Asser, F.H.J. Mijnssen, A.A. van Velten & A.I.M. Van Mierlo, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zekerheidsrecht. (Asser deel 3-III). Goederenrecht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003.

Asser/Van Schaick & Kleijn 2004 (5-IV)

C. Asser, A.C. van Schaick & Kleijn, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: Bijzondere overeenkomsten. (Asser deel 5-IV) Verbruikleen, altijddurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2004.

Ayub 2007

M. Ayub, *Understanding Islamic finance*, John Wiley and Sons 2007.

Van den Berg 2006

J.E. Van den Berg, *De eigen woning*, Deventer: Kluwer 2006.

Berger 2006

M. Berger, *Sharia: Islam tussen recht en politiek*, BJU 2006.

Benijts & Vijlder & Lagea 1998

T. Benijts, G. de Vylder & W. Lagae, *Ethisch beleggen, een doorbraak?*, Garant 1998.

Bijl, Van Hilten & Van Vliet 2001

D.B. Bijl, M.E. van Hilten & D.G. van Vliet, *Europese BTW en Nederlandse omzetbelasting: de EG-richtlijnen inzake omzetbelasting en hun betekenis voor de Nederlandse praktijk*, Deventer: Kluwer 2001.

Van den Boom, Brady & Mars 2006

S. Van den Boom, R.P. Brady, & Mars, *Relatiemedia: praktijkboek voor doelgroepgericht communiceren*, Pearson Education 2006

Bruggeman 2006

E.M. Bruggeman, *Praktijkboek koop-/aannemingsovereenkomst*, Instituut voor Bouwrecht 2006.

Busch 2007

D. Busch, *Onderzoekcentrum Onderneming en Recht: Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2007.

Choudhury 1997

M.A. Choudhury, *Money in Islam: A Study in Islamic political economy*, Londen: Routledge 1997.

Cragg 1964

K. Cragg, *The Call of the Minaret*, New York: Oxford University Press 1964.

Dawood 1990

N.J. Dawood, *The Koran*, Penguin Classics 1990.

Donner 2000

C. Donner, *Housing Policies in the European Union. Theory and Practice*, Wenen: Christian Donner, 2000

El-Gamal 2006

A.M. El-Gamal, *Islamic Finance: Law, Economics, and Practice*, Cambridge University Press 2006.

Van der Feltz 1896

G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet I*, Haarlem 1896.

Gerver 2002

P.H.M. Gerver, *Het recht van hypotheek*, Deventer: Kluwer 2002.

Glenn 2004

H.P. Glenn, *Legal traditions of the world*, 2004.

Haffner 1999

M.E.A. Haffner, *Kosten en uitgaven van eigenaar-bewoners. Een fiscaal-economische vergelijking tussen West-Europese landen*, Delft University Press 1999.

Handbook of Islamic Banking 1986

Handbook of Islamic Banking (Vol. 3), Cairo: International Association of Islamic Banks 1986.

Hassan & Lewis 2007

K. Hassan & M. Lewis, *Handbook of Islamic banking*, Cheltenham: Edward Elgar 2007.

Hijma & Olthof 2008

J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Hills 1991

J. Hills, *Unraveling Housing Finance. Subsidies, Benefits, and Taxation*, Oxford: Clarendon Press 1991.

Van den Hoeven & Fermomt 2009

D. Van den Hoeven & W. Fermomt, *Kluwer Belastinggids 2009*, Deventer Kluwer 2009.

Huijgen 2003

W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer 2003.

Humphrey & Freedman 2007

A. Humphrey & P. Freedman, *Stamp Duty Land Tax: A Practical Guide for Lawyers*, Spiramus Press Ltd. 2007.

Jaffer 2005

S. Jaffer, *Islamic retail banking and finance: global challenges and opportunities*, Euromoney Books 2005.

Kleinman 1996

M. Kleinman, *Housing, Welfare and the State in Europe*, Cheltenham: Edward Elgar 1996.

Lewis & Algaoud 2001

M.K. Lewis & M.L. Algaoud, *Islamic Banking*, Cheltenham: Edward Elgar 2001.

Mijjer 1997

B.J.B. Mijjer, *Leasing als instrument voor financiële planning*, Deventer: Kluwer 2007.

Ministry of Awqaf and Islamic Affairs 1995

Ministry of Awqaf and Islamic Affairs, *Al-Mawsu'a Al-Fighiya (Encyclopedia of Islamic Jurisprudence)*, Kuwait (vol 21) 1995.

Mohammed 2008

W. Mohammed, *Islamic Sociology*, A.S. Noordeen 2008.

Mohr 1998

A.L. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 1998.

Van Mourik 2001

M.J.A. van Mourik, *Gemeenschap (Monogragieen Nieuw BW B-9)*, Deventer: Kluwer 2001.

Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg 2006

J.M. Otto, A. Dekker & L. van Soest-Zuurdeeg, *Sharia en nationaal recht in twaalf moslimlanden*, Amsterdam University Press 2006.

Polak/Pannevis 2008

N.J. Polak/M. Pannevis (bew.), *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Praktijkids Hypotheken 2008

Praktijkids Hypotheken, Deventer: Kluwer 2008.

Presley 1988

J.R. Presley, *Directory of Islamic financial institutions*, London: Croam Helm 1988.

PricewaterhouseCoopers LLP 2000

PricewaterhouseCoopers LLP, *Banken: verslaggeving en toezicht*, Deventer: Kluwer 2000.

Reehuis & Slob 1999

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Kluwer: Deventer 1990, p. 1036-1037.

Rutten 2005

S.W.E. Rutten, *Verzoening, Islamitisch recht in West-Europa, Geselecteerde werken uit het oeuvre van Susan Rutten*, Maastricht: Universitaire pers 2005.

Saeed 1996

A. Saeed, *Islamic banking and interest: a study of the prohibition of riba and its contemporary interpretation*, BRILL 1996.

Saleh 1986

A.N. Saleh, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge: Cambridge University Press 1986.

Schoon 2007

N. Schoon, *Islamic Banking and Finance*, Spiramus Press Ltd. 2009.

Sinke 2007

M.J. Sinke, *Halal Mortgage: Islamic Banking and Finance*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2007.

Snijders & Rank-Berenschot 2007

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Storm & Van Steenbergen 2004

P.M. Storm & S.M. van Steenbergen, *Overzicht ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2000.

Straaten 2002

A.J. Straaten, *Woeker en het verbod op rente: een verkenning naar inzichten onder drie wereldgodsdiensten gedurende drie millennia*, Den Haag: Boom 2002.

Stevens 2007

L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2007.

Strikwerda 2005

L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse international privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Thomas 2005

A. Thomas, *Understanding the Shari'a process in structuring Islamic finance translations*, Richmond 2005.

Thomas, Cox & Kraty 2005

A.S. Thomas, S. Cox & B. Kraty, *Structuring Islamic Finance Transactions*, Euromoney Books, 2005.

Tyan 1999

E. Tyan, *Institutions de droit public Musulman*, Beirut: Hassib Dergham & Fills 1999.

Usmani 2002

M. T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, BRILL 2002.

Uzair 1981

M. Uzair, *Studies in Islamic Economics: Some conceptual and practical aspects of interest-free banking*, Leicester 1981.

Van Velten & Struiksma 2003

A.A. van Velten & J. Struiksma, Vast en goed: bundel aangeboden aan prof. mr. A.A. van Velten ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag en zijn defungeren als notaris, Deventer: Kluwer 2003.

Van Velten 2009

A.A. Van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2009.

Verstraaten & Waaijer 1999

R.T.G. Verstraaten & B.C.M. Waaijer, *Overdrachtsbelasting en kapitaalbelasting*, Deventer: Kluwer 1999.

Visser 2004

H. Visser, *Financial and monetary studies: Islamic Finance*, Amsterdam: NIVE-SVV 2004.

Vogel & Hayes 1998

F.E. Vogel & S.L. Hayes, *Islamic law and finance: religion, risk en return*, BRILL 1998.

Van den Berg, Kock & Van Waart 2006

Van den Berg, Kock & Van Waart, *Financiële planning en de eigen woning*, Deventer: Kluwer 2006.

Van der Weide 2006

J.A. van der Weide, *Mobiliteit van goederen in het IPR: tussen situsregel en partijautonomie*, Deventer: Kluwer 2006.

Willems e.a. 2007

M.A.L.M. Willems e.a., *Praktijkboek Insolventierecht (Deel 6 Capita Selecta Insolventierecht)*, Deventer: Kluwer 2007.

Artikelen

Aalbrechtse & Cornelisse 1993

D.A. Aalbrechtse & K.L.B. Cornelisse, 'Tussenvormen van koop en huur van woningen fiscaal bezien', *Weekblad Fiscaal Recht* 1993-500.

Ainley e.a. 2008

M. Ainley e.a., 'UK's approach to IFI Regulation Issues', *Islamic finance in practice* 2008-2, p. 21-24.

Bijkerk & Verhoef 2008

W. Bijkerk & B. Verhoef, 'Islamitisch bankieren in Nederland', *Bank- en effectenbedrijf* (vol.57) 2008-1/2, p.27-31.

Boschma 2003

H.E. Boschma, 'Algehele ontbinding, vereffening en verdeling van personenvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2003-4 p. 111-118.

Brownlow 2008

D. Brownlow, 'Islamic Banking and Basel II: challenges ahead', *New Horizon* jan-maart 2008, 1 IIBI- 4 IIBI.

Capps & Linsley 2001

D. Capps & S. Linsley, 'The Financial Services Authority's New Approach to Regulation', *Journal of Financial Regulation and Compliance (Vol. 9)* 2001-3, p. 245-252.

DNB Kwartaalbericht juni 2007

DNB, 'Islamitisch bankieren en toezicht', *Kwartaalbericht juni 2007*, p. 54-57.

El-Hawary, Grais & Iqbal 2004

D. El-Hawary, W. Grais & Z. Iqbal, 'Regulating Islamic Financial Institutions: The Nature of the regulated', *World Bank Policy Research Working Paper* (3227) 2004.

El Idrissi 2008

M. El Idrissi, 'De islamitische financieringsvorm *murabaha*', *V&O* 2008.

Hainsworth 2008

A. Hainsworth, 'Anthony Hainsworth discusses the impact of Islamic finance on English jurisprudence', *New Law Journal* (vol 158) 2008-7339, p. 1382.

Holmans & Whitehead 1997

A.E. Holmans & C. Whitehead, 'Trends in Housing assistance for owner-occupiers and local authority tenants', *Housing Finance* 1997-35, p. 38-42.

Hooft & Muller 2008

K. Hooft & N. Muller, 'VVD begrijpt niets van Islamitisch financieren', *NRC Handelsblad* 14 oktober 2008.

Israël 2006

F.A. Israël, 'Wettelijke belemmeringen bij het sluiten van een fiscaal vriendelijke 'Halal-hypotheek', *Weekblad fiscaal recht* 2006-1142.

Kuitert 2009

Kuitert, 'Islamitisch bankieren in de lift. Verbod op rente en speculatie', *Telegraaf* 15 maart 2009.

Kranenborg & Talal 2007

R.P. Kranenborg & R.Talal, 'Islamitisch bankieren en de zogenoemde eigenwoningregeling van art.3.111 Wet IB 2001. Dualiteit of Perspectief', *Weekblad fiscaal recht*, 2007-6742, p. 1259- 1267.

Kuran 1996

T. Kuran, 'The discontents of Islamic economic morality', *American Economic Review* (vol 86) 1996-2.

Mirakhor & Zaidi 2007

A. Mirakhor & I. Zaidi, "Profit-and-loss sharing contracts in Islamic Finance", in: M.K. Hassan & M.K. Lewis, *Handbook of Islamic Banking*, Cheltenham: Edward Elgar 2007.

Nagelkerke e.a. 2008

F. Nagelkerke e.a., 'The Way Forward: Islamic law and financial structures. An introduction', *Tijdschrift voor financieel recht* 2008-10/12, p. 414-423.

Parool 2006.

'Halalhypotheek Rabo', *Parool* 13 september 2006.

Rahman 1964

F. Rahman, 'Riba and interest', *Islamic Studies*' maart 1964.

Sundararajan & Errico 2002

V.Sundararajan & L. Errico, 'Islamic Financial Institutions and Products in the Global Financial System: Key Issues in Risk Management and Challenges Ahead', *IMF Working Paper WP/02/192*, 2002

Tjittes 2008

R. Tjittes, 'Islamitisch financieren in Nederland', *Rechtsgeleerdheid Magazine Themis* (Vol. 169) 2008-4, p. 136-144.

Tran 2002

M. Tran, *The Guardian* 27 mei 2002.

Ulgener 1967

S.F. Ulgener, 'Monetary conditions of economic growth and the Islamic concept of interest', *The Islamic Review* February 1967, p. 11-14.

Valibeigi 1993

M. Valibeigi, 'Islamic Economics and Economic Policy Formation in Post-Revolutionary Iran; A Critique', *Journal of Economic Issues* (27) 1993-3.

Visser 1998

H. Visser, *Maandtijdschrift Economie*, 1998.

Visser 2008

H. Visser, 'Rentevrij financieren; middel tegen kredietcrises?', *Bank- en effectenbedrijf* (57) 2008-1/2.

Weiss 1978

B. Weiss, 'Interpretation in Islamic Law: The theory of Ijtihad', *American Journal of Comparative Law* 1978.

Wilson 1991

P.W. Wilson, 'A question of interest; the paralyses of Saudi banking', *Westview Press Boulder* 1991.

Zamir Iqbal 1997

Zamir Iqbal, 'Islamic Financial Systems', *Finance Development* Juni 1997.

Electronische bronnen

Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions *Sharia* Standards

Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions , Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions *Sharia* Standards, <www.aaofii.com/keypublications.html>.

Ahmad 1993

I.A. Ahmad, 'Riba and Interest: Definitions and Implications', <www.minaret.org/riba.htm>, *Minaret of freedom* 1993.

Antwoord van de Minister van Financiën van 23 juli 2007

Antwoord van de Minister van Financiën van 23 juli 2007 op Kamervragen van de lezers Wilders en van Dijck over Islamitisch financieren, <www.minfin.nl/dsresource?objectid=37184&type=pdf>, 2007.

Balin 2008

B.J. Balin, 'Basel I, Basel II and Emerging Markets: A Nontechnical Analysis', <jscholarship.library.jhu.edu/bitstream/handle/1774.2/32826/Basel%20I%2c%20Basel%20II%2c%20and%20Emerging%20Markets%20a%20Nontechnical%20Analysis052008.pdf?sequence=1>, May 2008.

Briault 2007

C. Briault, 'London: Centre of Islamic Finance?', <www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2007/1018_cb.shtml>, October 2007.

CBS Financiële instellingen; balans

CBS Financiële instellingen; balans, <[http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=70043&D1=a,!13-14,!28-29&D2=1&D3=\(I-4\)-I&HD=090818-0008&HDR=G2&STB=T](http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=70043&D1=a,!13-14,!28-29&D2=1&D3=(I-4)-I&HD=090818-0008&HDR=G2&STB=T)>, 2008.

Chalchi 2008

Chalchi, <www.wijblijvenhier.nl/index.php?/archives/1159-Islamitisch-financieren-in-Nederland.html> 2008.

Dar 2004

H.A. Dar, 'Demand for Islamic Financial Services in the UK: Chasing a Mirage?' <dspace.lboro.ac.uk/dspace/bitstream/2134/335/3/TSIJ.pdf>, (Economics Research Paper Loughborough University, 2004-04/11).

Davies 2002

H. Davies, 'Islamic Finance and the FSA', <www.fsa.gov.uk/Pages/Library/Communication/Speeches/2002/sp103.shtml>, 2002.

Davies 2003

H. Davies, 'Islamic Finance and the UK Financial Services Authority: Conference on Islamic banking and finance Bahrain', <www.fsa.gov.uk/Pages/Library/Communication/Speeches/2003/SP118.shtml>, 2003.

Duijvestijn 2006

I.W.M. Duijvestijn, 'Wet Inkomstenbelasting 2001; Eigenwoningregeling en de toepassing bij erfpacht', <www.id-adviesbv.nl/artikel3.pdf>, 2006.

BIPRU 3: Standardised approach to credit risk

FSA, BIPRU 3: Standardised approach to credit risk, <www.fsa.gov.uk/pubs/international/bipru3.pdf>.

Eindrapport Inzake Opsporing

Eindrapport Inzake Opsporing, <<http://www.burojansen.nl/traa/e.htm>>.

Elhiraika 2003

A.B. Elhiraika, 'On the experience of Islamic agricultural finance in Sudan: challenges and sustainability', Research Paper no. 63, Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank, Jeddah, <www.irti.org>.

FSA Handbook

FSA, 'Handbook', <fsahandbook.info/FSA/html/handbook/>.

George 2003

E. George, 'The Governor's Speech at the Islamic Home Finance Seminar London', <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707023>, 2003.

IFSL Research 2009

IFSL Research, 'Islamic Finance 2009', <www.ifsl.org.uk/output/ReportItem.aspx?NewsID=32> 2009.

Lovells 2004

Lovells, 'Shariah Compliant Mortgages', <<http://www.yasaar.org/pubs/20255%20Shariah%20Compliant%20Mortgages%20brochure1.pdf>> September 2004.

McCarthy 2006

C. McCarthy, 'Speech Muslim Council of Britain Islamic Finance and Trade Conference', <www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2006/0613_cm.shtml>, 2006.

Mortgages and Home Finance: Conduct of Business Sourcebook

FSA, 'Handbook: Mortgages and Home Finance: Conduct of Business Sourcebook', <fsahandbook.info/FSA/html/handbook/MCOB>.

Part 8, UK Finance Act 2006

Part 8, 'UK Finance Act 2006', <www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/ukpga_20060025_en_17#pt8-pb3>.

Regulation of Financial Services (Land Transactions) Act 2005 A23(1)(b)

'Regulation of Financial Services (Land Transactions) Act 2005 A23(1)(b), <www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050024.htm>

Sheikh Nizam Yaqubi 2000

Sheikh Nizam Yaqubi, 'Shariah Requirements for conventional banks', <www.kantakji.com/fiqh/Files/Fatawa/9005.doc>, Bahrain 2000.

Thomas 2002

A. Thomas, 'Methods of Islamic Home Finance in the United States; beneficial Breakthroughs', <www.failaka.com/downloads/Methods%20of%20Islamic%20Home%20Finance%20-%20AST%202002.pdf>, 2002.

Trouw 2007

Trouw, <www.trouw.nl/krantenarchief/2007/06/27/2304068/Belastingdienst_blokkeert_eerste_halal-hypotheek.html> 2007.

The Threshold Conditions

FSA, 'The Threshold Conditions', <www.fsa.gov.uk/pubs/hb-releases/rel33/rel33cond.pdf.>.

Part 4, UK Finance Act 2003

Part 4, UK Finance Act 2003, <www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga_20030014_en_6>

Visser 2006

H. Visser, Islamitisch financieren, <staff.feweb.vu.nl/hvisser>, april 2006

Vriesendorp 2007

Vriesendorp, <arno.uvt.nl/show.cgi?fid=64256> 2007.

Vat Information Sheet 2006

'VAT: Guidance on the VAT treatment of certain Islamic products', <customs.hmrc.gov.uk/channelsPortalWebApp/downloadFile?contentID=HMCE_PROD1_026447> 2006.

Wilson 2009

R. Wilson, 'Islamitisch bankieren en de crisis', <<http://www.nioweb.nl/2009/02/20/waarom-islamitisch-bankieren-zo-succesvol-is/>>, 2009.

<ec.europa.eu/enterprise/regulation/late_payments/>

<islamiccenter.kaau.edu.sa/arabic/Magallah/Pdf/15/15_RAFIC.pdf>

<www.allesoverbasel2.be>

<www.belastingdienst.nl/zakelijk/omzetbelasting/ob09/ob09-195.html#P2427_275460>

www.belastingdienst.nl/zakelijk/omzetbelasting/ob09/ob09-196.html#P2436_277127

<www.belastingdienst.nl/variabel/overdrachtsbelasting/overdrachtsbelasting-09.html#P70_4977>

<www.bilaa-riba.nl>

<www.dnb.nl>

<www.dnb.nl/openboek/extern/id/nl/ki/40-117029.html#N100F2>

<www.dnb.nl/openboek/extern/id/nl/ki/40-117217.html>

<www.dnb.nl/openboek/extern/id/nl/pf/40-122465.html?artikelcommentaar=true>

<www.dnb.nl/openboek/extern/id/nl/all/40-157458.html>.

<www.dnb.nl/openboek/extern/id/nl/all/40-185405.html>.

<www.elsevier.nl/web/1044151/Dossiers/De-hypotheekrenteaf trek/Einde-aan-de-aftrek.htm

<www.forbes.com/2008/04/21/Sharia-compliance-law-islamic-finance-islamicfinance08-cx_vr_0421compliance.html>

<www.fsa.gov.uk>

<www.fsa.gov.uk/financial_capability/>

<www.hm-treasury.gov.uk>

<www.hm-treasury.gov.uk/press_31_05.htm>

<www.hmrc.gov.uk/sdl/basics.htm

<www.hmrc.gov.uk/sdl/return/intro.htm>

<www.hmrc.gov.uk/sdl/rates-thresholds.htm>

<www.islamic-bank.com> <www.moneymadeclear.fsa.gov.uk/pdfs/home_purchase_plans.pdf>

<www.kvk.nl/wettenenregels/110_Rechtsvormen/rechtsvormen/Demaatschap.asp>

<www.kvk.nl/wettenenregels/110_Rechtsvormen/rechtsvormen/DebeslotenvennootschapBV.asp>

<www.kvk.nl/wettenenregels/110_Rechtsvormen/rechtsvormen/DecommanditairevennootschapCV.asp>

Rapporten

Anderson 1998

A.Andersen, *Study on the application of Value Added Tax to the property sector, voor de Europese Commissie*, Parijs: L'Observatoire Européen du Logement Social 1998.

Ainley e.a. 2007

M. Ainley e.a., *Financial Services Authority: Islamic Finance in the UK: Regulation and Challenges*, November 2007

Boelhouwer e.a. 2001

P.J. Boelhouwer e.a., *Koopprijsontwikkeling en de fiscale behandeling van het eigen huis*, <www.repository.naturalis.nl/document/18424>, 2001.

Council of Mortgage Lenders 1998

Council of Mortgage Lenders, *Housing Subsidies and Tax Reliefs in Britain*, London 1998.

Eeckhout & Smolders 2007

J. Eeckhout & C. Smolders, *SBOV Fiscaliteit en Begroting B-project (Deel 1: Rechtsvergelijkende studie van de kortingen/vrijstellingen van de registratierechten)*, Gent 2007.

Eekelen 1992

L.J.J. Eekelen, *Islamitisch bankieren* (research memoranda Vrije Universiteit Amsterdam), 1992.

El-Badour 1984

R.I. El-Badour, *The islamic economy system: A theoretical and empirical analysis of money and banking in het Islamic economic framework*, (PhD dissertation Utah State University, Logan UT), USA 1984.

El-Gamal 2001

M.A. El-Gamal, *An Economic Explication of the Prohibition of Riba in Classical Jurisprudence* (Occasional Paper, Houston: Rice University) 2001.

HM Treasury 2008

HM Treasury, *The development of Islamic finance in the UK: the Government's perspective* (December 2008) 2008.

International Bureau of Fiscal Documentation 1999

International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), *Supplementary Service to European Taxation*, Amsterdam 1999.

International Bureau of Fiscal Documentation 2000

International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), *Supplementary Service to European Taxation*, Amsterdam 2000.

Loyens Loeff 2009

Loyens Loeff, *Islamic Finance*, 2009.

Nadar 2008

A Nadar, *Islamic Finance, Potential Implications for Dispute Resolution (University of London, United Kingdom)* 2008.

Oldenhuis e.a.2007

F.T. Oldenhuis e.a., *Instituut voor integratie en sociale weerbaarheid, Schurende relaties tussen recht en religie*, Rijksuniversiteit Groningen: Groningen, 2007.

The Banker 2008

The Banker, *Top 500 Islamic financial institutions 2007*, 2008.

Verhoef, Azahof & Bijkerk 2008

B. Verhoef, S. Azahof & W. Bijkerk, *Islamitisch financieren en toezicht: een verkennende analyse*, (DNB Occasional Studies Vol.6/No. 3) 2006.

Kamerstukken

Kamerstukken I 1996/97, 24 212, nr. 69, p. 3.

Kamerstukken II 1983/84, 18.464, nr. 3, p. 23 (MvT).

Kamerstukken II 1994/95, 24 172, nr. 20B (NV).

Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3.

Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 3.

Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 320-321 (NvW).

Kamerstukken II 2004/05, 29708, nr. 11

Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 14.

MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 364.

TM, VV II, MvA II, PG Boek 2, p. 642.

Parl. Gesch. Boek 3, p. 627.

MK III, V-N 1998, p. 1202, punt 17.

Jurisprudentie

Besluit Staatsecretaris van Financiën van 27 januari 2006, nr. CPP2005/2547M, BNB 2006/160, VN 2006/11.11

Hof Amsterdam 26 augustus 1981, nr. 2914/78

Hof Leeuwarden 23 september 1974, BNB 1975/108.
HR 19 december 1958, *NJ* 1959, 129.
HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661.
HR 15 juli 1980, *LJN* AW9931, 19 942, BNB 1980/315.
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Ermex c.s./Havilltex).
HR 18 november 1983, *NJ* 1984, 345 (Shu/Lam).
HR 13 maart 1985, *LJN* AW8329, 22 778, BNB 1986/231 (m.nt. A. Hartman).
HR 5 maart 2004, *NJ* 2004, 316.
HR 13 mei 2005, *Ars Aequi* 2005/11, p. 938-945 (Curatoren BabyXL/Amstel Lease).
HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (Van den Bos qq/Mulders & Welleman; Nebula).
Rb. Maastricht (vzr) 25 maart 2005, *LJN* AT2942.
Rb. Maastricht 2 augustus 1990, *NJ* 1991, 389.
Beximco Pharmaceuticals Ltd v Shamil Bank of Bahrein EC (CA (Civ Div)) Court of Appeal Civil Division) 28 January 2004.

Wetten/verdragen/richtlijnen/verordeningen

Algemene wet inzake rijksbelastingen.

Basel I

Basel II

Burgerlijk Wetboek

Finance Act 2003

Finance Act 2005

Finance Act 2006

Financial Services and Market Act 2000

Financial Services and Market Act (Regulates Activities) Order 2001

Regulation of Financial Services (Land Transactions) Act 2005.

Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken

Wet financieel toezicht

Wet Inkomstenbelasting 2001

Wet Inkomstenbelasting 1964

Wet op de belastingen van rechtsverkeer

Wetboek van Rechtsvordering

Value Added Tax Act 1994

Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst; Rome, 19 juni 1980.

Europese richtlijn 2000/35/EG (PbEG 2000, L200/35)

Europese richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (PbEG 2000, L200/35).

Europese richtlijn 2001/17/EG (PbEG 2001,L110 /18)

Europese richtlijn 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2001 betreffende de sanering en liquidatie verzekeringsondernemingen (PbEG 2001,L110 /18).

Europese richtlijn 2001/24/EG (PbEG 2291, L125/15)

Europese richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en liquidatie kredietinstellingen (PbEG 2291, L125/15).

Verordening (EG) nr. 1346/2000 (PbEG 2000, L160/1)

Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (PbEG 2000, L160/1).