

Islamitische hypotheek: de stand van zaken

Auteur: mr. J.R.B. Heemstra¹

1. Inleiding

Moslims in Nederland hebben interesse in een hypotheek die in overeenstemming is met de regels van het Islamitische recht. Dit blijkt onder meer uit een onderzoek van De Nederlandsche Bank (DNB).² De vraag naar islamitische financieringen zal de komende jaren zelfs kunnen stijgen als gevolg van onder meer een toename van het aantal moslims.³ Factoren als een stijging van het opleidings- en welvaartsniveau hebben ook invloed op de vraag.

Vooraf de tweede generatie moslims heeft interesse in islamitisch financieren en bankieren.⁴ Deze generatie lijkt zelfs de grootste groep te zijn die geïnteresseerd is. Het gaat om moslims die geboren en getogen zijn in Nederland, maar opgevoed zijn met de traditionele islamitische waarden en normen. Zij hebben vaak behoefte aan een eigen identiteit in de maatschappij. Islamitische financiële producten kunnen daarin voorzien. Daarnaast kunnen zij het eigenwoningbezit onder moslims bevorderen, hetgeen een positief effect op de integratie kan hebben.⁵

Aan islamitische hypotheek ter financiering van de eigen woning kan naar Nederlands recht op verschillende manieren vorm worden gegeven. Toch worden zij nog steeds niet aangeboden. De reden daarvoor is dat er geen zekerheid is over de fiscale behandeling ervan. Voor een succesvolle introductie is vereist dat een islamitische hypotheek qua maandlasten niet substantieel duurder uitpakt dan een conventionele (daaronder versta ik een hypothecaire lening met rente). Dat betekent onder meer dat financieringslasten van een islamitische hypotheek, althans de daarin begrepen opslag voor de financier, aftrekbaar is voor de inkomstenbelasting. Daarover bestaat tot nu toe echter geen zekerheid.

¹ Notaris te Leiden, verbonden aan De Clercq Advocaten Notarissen. Met dank aan mevrouw mr. S.R. Mohamed Hoessein.

² B. Verhoef, S. Azahaf en W. Bijkerk, Islamitisch financieren en toezicht: een verkennende analyse, *DNB Occasional Studies* Vol. 6/No. 3 (2008).

³ De prognose op basis van CBS-cijfers is een stijging van de relatieve omvang van moslims als percentage van de totale bevolking van 6% in 2007 naar circa 7% in 2020. Bron: B. Verhoef, S. Azahaf en W. Bijkerk t.a.p. (p. 23 en 24).

⁴ Naar schatting zal het aantal tweede generatie huishoudens toenemen van 189.000 in 2007 tot 253.000 in 2020.

⁵ Aldus o.a. auteur dezes, 'Halalhypotheek is hypocriet! Nou en?', *NRC Handelsblad* 18 augustus 2007, alsmede K. Hooft & N. Muller, 'VVD begrijpt niets van Islamitisch financieren', *NRC Handelsblad* 14 oktober 2008.

Vraag is of het huidige Nederlandse fiscale recht de islamitische hypotheek écht in de weg zit. Verschillende auteurs zijn reeds op die vraag ingegaan. Sommigen pleiten voor een gelijkstelling met conventionele hypotheek door de bestaande regels voor de eigenwoningregeling ruimer te interpreteren, anderen zijn van mening dat dat niet mogelijk is. In die opvatting zou de wet aangepast moeten worden om islamitische hypotheek op dezelfde manier als conventionele hypotheek te behandelen.

Intussen staan de ontwikkelingen niet stil. Het nieuwe kabinet is van plan de eigenwoningregeling langzaam af te bouwen.⁶ Ook andere fiscale regels die een islamitische hypotheek onaantrekkelijk kunnen maken, namelijk regels met betrekking tot de heffing van overdrachtsbelasting, zijn onlangs gewijzigd. Verder wordt mogelijk ook een wet vernieuwd die sommige islamitische financieringen thans in de weg staat, de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken.

Het is daarom zinvol om stil te staan bij de vraag of er nu of in de toekomst ruimte is voor een islamitische hypotheek. Ik wil die vraag in deze bijdrage behandelen. Ook wil ik ingaan op een variant die in de literatuur weinig aandacht heeft gekregen en die mogelijk de fiscale belemmeringen omzeilt: een structuur waarbij gebruik wordt gemaakt van de zakelijke rechten van erfpacht en opstal.

Voordat ik daaraan toekom zal ik een schets geven van de hoofdkenmerken van het islamitische financieren en de wijzen waarop aan islamitische hypotheek vorm kan worden gegeven.

2. Hoofdkenmerken van het islamitisch financieren

2.1. Grondslagen

De grondslagen en de beginselen van het islamitisch financieren en bankieren is de islamitische wetgeving: de *Sharia*. Deze wetgeving is opgebouwd uit verschillende rechtsbronnen:

- a. de Koran,
- b. de gebruiken, gedragingen en gewoonten van de profeet Mohammed (de '*Sunna*' van de profeet),
- c. de jurisprudentie (*Fiqh*).

⁶ Regeerakkoord VVD-PvdA "Bruggen slaan", zie voor meer informatie <http://www.rijksoverheid.nl/regering/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/10/29/regeerakkoord.html>

Het islamitisch financieren kent een aantal kenmerkende eigenschappen en beginselen. Allereerst moeten de algemene beginselen van de Islam in acht worden genomen. Dit is een aantal geboden⁷:

- het geloven in Allah en de profeet Mohammed als zijn boodschapper,
- het zich minimaal vijf keer per dag, door middel van het gebed, tot Allah richten,
- het vasten tijdens de heilige maand (*ramadan*),
- het doneren van 'armenbelasting' (*Zakat*),
- minimaal één keer in het leven op bedevaart naar Mekka (*Hadj*).

Een islamitische financiering mag op geen enkele wijze geen afbreuk doen aan deze geboden.

2.2. Het verbod op rente (*riba*)

Het renteverbod⁸ strekt zich niet alleen uit over iedere van te voren vastgestelde betaling over en boven de hoofdsom, maar ook over een van te voren vastgestelde korting op een contractuele verplichting.⁹

Het verbod¹⁰ heeft een morele reden als achtergrond: het beschermt economisch zwakkeren tegen de rijken.¹¹ Een andere reden is dat geld volgens de Islam niet verhandelbaar is (of behoort te zijn). Islamitische geleerden erkennen geld uitsluitend als ruilmiddel: het heeft geen (eigen) intrinsieke waarde.

Tot slot zijn er ook nog andere redenen voor het verbod op rente, welke verrassend actueel lijken: een gelijke verdeling van goederen en inkomensnivellering.¹²

⁷ Zie o.a. A. Vernardos, *Islamic banking & finance in South East Asia*, 2006, p. 14.

⁸ Volgens prof. dr. H. Visser, *Islamitisch bankieren: financieren met hindernissen*, *Recht van de Islam* 23 (mr. P.M. Kruiniger (red.), Den-Haag: BJU 2010 afgeleid uit vier verzen in de Koran (soera 2 de verzen 275, 276 en 278, soera 3 vers 130).

⁹ Aldus M.J. Sinke en R.P. Kranenborg, *Islamitisch Financiering – De Halal Hypotheek in Nederland?*, *Vastgoed, fiscaal en Civiel* 14 augustus 2009.

¹⁰ Volgens Verhoef, Azahaf en Bijkerk t.a.p. (p. 12) en prof. mr. R.P.J.L. Tjittes, *Islamitisch financieren in Nederland*, *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2008-4, p. 139, zijn er twee opvattingen over het renteverbod: *riba* is afgeleid van het Arabische woord *arba* = woeker of *riba* is afgeleid van het Arabische woord *raba* = vergroting van de welvaart. De gangbare mening lijkt thans dat *riba* staat voor rente in al zijn hoedanigheden. Een uitspraak van het Federaal Sharia Hof van Pakistan verwoordde het aldus: "*Elk bedrag, groot of klein, dat wordt betaald bovenop een lening of schuld is riba, en wordt verboden door de Heilige Koran, ongeacht of het geld is gebruikt voor consumptie dan wel voor productieve doeleinden*" (bron: Volkskrant, Hooggerichtshof Pakistan verbiedt 'islamitische rente', 24 december 1999).

¹¹ Aldus A. Ettafahi, 'De inpasbaarheid van islamitische woningfinancieringscontracten in de Nederlandse eigenwoningregeling', *Forfaitair* 2010/202

¹² Het lenen van geld zonder het betalen van rente over het geleende bedrag is niet alleen kenmerkend binnen de Islam. De Griekse filosoof Aristoteles (384-322) voor Christus was van mening dat geld alleen gebruikt mocht worden als ruilmiddel. Het gebruiken voor een ander doel was volgens hem onnatuurlijk en immoreel. Ook de Bijbel keurde rente op geldleningen af (tot de 15e eeuw). De achterliggende gedachte van het renteverbod was dat 'tijd' verkocht werd en 'tijd' was iets van God. Men begon later afstand te nemen van de gedachte dat het vragen van rente afkeurenswaardig was. Binnen het Islamitisch recht is dit nog steeds afkeurenswaardig: als geld wordt uitgezet in de tijd, mag alleen dat bedrag worden teruggevorderd, of dat nu

2.3. Het verbod op onzekerheid (*gharar*)

Een transactie waarbij het object of de prijs vooraf niet zeker is wordt getroffen door het verbod op onzekerheid. De Sharia eist zekerheid ten aanzien van het goed of product (vgl. de bepaalbaarheidseis onder het Nederlandse recht), de hoogte van de prijs die betaald moet worden en de datum van levering en ontvangst.¹³

2.4. Het verbod op gokken en speculatie (*maysir*)

Dit verbod impliceert een ontmoediging van gokken en speculatie.¹⁴ Volgens The Oxford Dictionary of Islam¹⁵ hangt maysir samen met het nemen van onnodig risico.

2.5. Verboden producten

Het investeren in producten, diensten en goederen die volgens de Islam verboden zijn, is niet toegestaan (bijvoorbeeld alcohol, varkensvlees, gokken, wapenhandel en prostitutie).

2.6. 'Ongerechtvaardigde verrijking'

In een ongelijke verhouding (vgl. de consumentenbeschermende bepalingen in ons Burgerlijk Wetboek) is het niet geoorloofd dat de sterkere partij zich ten koste van de armere partij verrijkt. Daaruit wordt afgeleid dat het niet geoorloofd is om de partij die niet of niet tijdig nakomt te beboeten en daarmee een voordeel te behalen. Het wordt wel geoorloofd geacht om de boete naar een goed doel 'af te storten'.¹⁶

2.7. Verplichte Sharia Raad

Een islamitische financiële instelling dient een Sharia Raad te hebben. Deze moet erop toezien dat de aangeboden financieringsproducten passen binnen de beginselen van het islamitische recht. De Raad fungeert als controle-, advies- en toezichtorgaan.¹⁷

over één maand is of over tien jaar (zie Willem G. Wolters, *Islamitisch financieren, tussen principes en realiteit*, Sonbeek Publishers, 2009, p. 78).

¹³ Dit verbod is overigens niet absoluut. De Sharia staat afnemerskredieten toe waarbij handelaren en de verwerkende industrie de agrariërs al betalen voordat de oogst binnen is. Zou dit niet het geval zijn dan zou de agrarische sector te veel schade kunnen leiden. Zie hierover H. Visser, 'Islamic finance', *NIBESVV*, 2004 p. 28.

¹⁴ Tjittes, t.a.p., p. 140.

¹⁵ www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1484?_hi=0&_pos=1#

¹⁶ Sinke en Kranenburg t.a.p. Het is overigens twijfelachtig of een debiteur daartoe kan worden verplicht, omdat de intentie van de gelovige in de Islam een belangrijke rol speelt.

¹⁷ Een uitspraak van de Sharia Raad wordt een *fatwah* genoemd.

Een verschil in interpretatie van islamitische beginselen kan er toe leiden dat een bepaald product door de ene Sharia Raad wordt afgekeurd en door de andere Raad juist wordt goedgekeurd.¹⁸

2.8. Gevolgen

Beide verboden, *gharar* en *maysir*, hebben tot gevolg dat islamitische banken zich over het algemeen niet inlaten met derivatenhandel.¹⁹ Iedere financiële transactie moet een link hebben met reële activa (een *asset backed* transactie).²⁰ Geld kan nooit een bron van geld zijn.²¹

Kredietverstrekking volgens islamitisch recht is niet onmogelijk of verboden. *Riba* is verboden, maar handeldrijven niet. Handeldrijven brengt bepaalde risico's met zich mee en zolang die niet uitmonden in onverantwoord speculeren, vervult diegene die die risico's neemt een zinvolle rol in de samenleving.²²

2.9. Uitzonderingen

De Islam is niet blind voor de levensbehoeften van de mens. "*Nood breekt wet*", zo zou dit kunnen worden samengevat.²³ Voor ieder mens is een dak boven het hoofd essentieel. Veel moslims vinden dat het daarom geoorloofd is om een conventionele financiering (met rente) af te sluiten om een huis mee aan te schaffen zo lang er in het (van oorsprong niet islamitische) land waarin zij wonen geen alternatief is. Zij voelen zich daarin gesteund door islamitische geleerden.²⁴

¹⁸ Aldus ook Tjittes t.a.p.

¹⁹ Zoals *swaps*, *futures* en opties.

²⁰ M. El Idrissi, De islamitische financieringsvorm Murabaha, V&O 2008 p. 40.

²¹ M.T. Usmani, An introduction to Islamic Finance, 2002, p. 44-45. Volgens o.a. Tjittes (t.a.p.) kan islamitisch financieren derhalve '*niet leiden tot een kredietcrisis, die werd veroorzaakt omdat financieringen die band met activa niet of onvoldoende hadden.*'

²² H.M. Shawary, Understanding the Islamic prohibition of interest: a guide to aid economic cooperation between the Islamic and Western worlds, *Georgia Journal of International and Comparative law*, Fall 2000, p. 161-164.

²³ Dit kan rechtstreeks op de Koran worden gebaseerd (Koran 2:173): "*Maar hij, die gedwongen is en dit niet wenst en geen overtreder is, op hem rust geen zonde.*"

²⁴ Zie bijv. uitspraken van de European Council for Fatwa and Research's Resolution, http://www.globalwebpost.com/farooqm/study_res/i_econ_fin/ecfr-fatwa_mortgage.htm Kort gezegd vindt de European Council een conventionele hypotheek geoorloofd, als aan de volgende voorwaarden is voldaan: (i) "*The house to be bought must be for the buyer and his household.* (ii) *The buyer must not have another house.* (iii) *The buyer must not have any surplus of assets that can help him buy a house by means other than mortgage.*"

2.10. 'Constructiebestrijding' (*hila*)

Hila is het omzeilen van de islamitische regels door middel van kunstmatige constructies. In de Islam gaat het uiteindelijk om de intentie van de gelovigen. Toch lijkt het bij islamitisch financieren soms meer om 'form' te gaan dan om 'substance'.²⁵ Door aan een bepaald contract echter een uitgebreide considerans op te nemen en daarin te benadrukken dat het de partijen gaat om de intentie om een contract volgens de *Sharia* te sluiten, wordt gepoogd om de intentie te laten opgaan in het contract zelf.

3. Geschiede hypotheekvormen

3.1. Algemeen

De *Sharia* gaat uit van bepaalde (benoemde) contractsvormen die aan zekere voorwaarden moeten voldoen.²⁶ Er is een aantal hypotheekvormen ontwikkeld die het mogelijk maken om een woning op islamitische wijze te financieren. De belangrijkste zijn achtereenvolgens gebaseerd op:

- *murahaba*,
- *ijara wa-iqtina*,
- *diminishing musharaka*.

Ik bespreek ze hieronder.

3.2. *Murahaba*

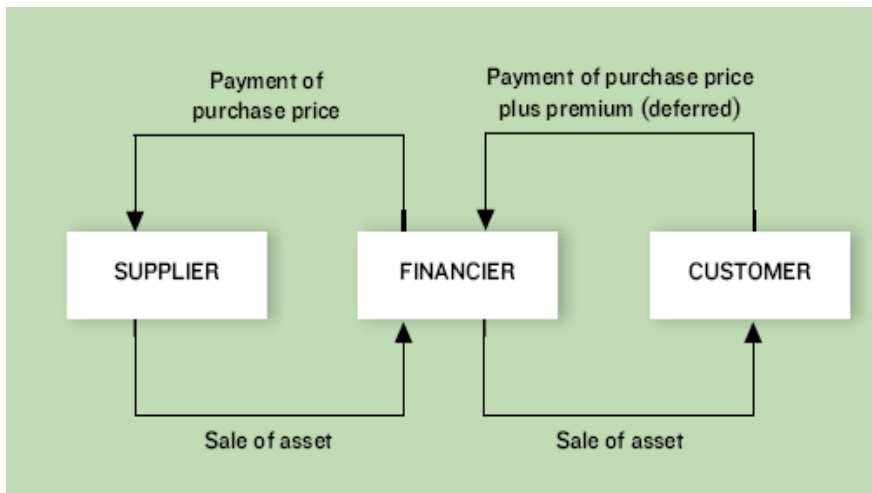
Dit is de meest voorkomende vorm en berust op een koopovereenkomst. Meer dan 80% van de islamitische financieringsvormen vindt plaats in deze vorm.²⁷

Kort gezegd komt *murabaha* neer op de volgende structuur:

²⁵ Ali Ahmad al-Nadwi, *Jamharah al-Qawa'id al-Fiqhiyyah fi al-Mu'amalat al-Maliyyah*, Syarikah al-Rajhi al-Masrafiyyah li al-Istithmar, 2000, v. 1, p. 550.

²⁶ Zie mr. C.P. Hooft & mr. N.E. Muller, *Shari'a-conforme woningfinanciering ontsluit*, *WPNR* (2008) 6765, p. 624 e.v.

²⁷ Tjittes t.a.p.



Bron: www.zawya.com

Het gaat om twee koopovereenkomsten: één tussen de oorspronkelijke verkopende partij en de financier en één tussen de financier en de klant (moslim). De tweede koopprijs is hoger dan de eerste; het verschil bestaat in een vaste²⁸ vergoeding aan de financier. Die vergoeding wordt in maandelijkse termijnen betaald aan de financier gedurende de afgesproken looptijd.

De woning wordt kort na de verwerving door de financier in eigendom overgedragen aan de klant. De klant vestigt op de woning een recht van hypotheek ten behoeve van de financier tot zekerheid voor al hetgeen laatstgenoemde te vorderen heeft op grond van de *murabaha*.

3.3. *Ijara wa-iqtina*

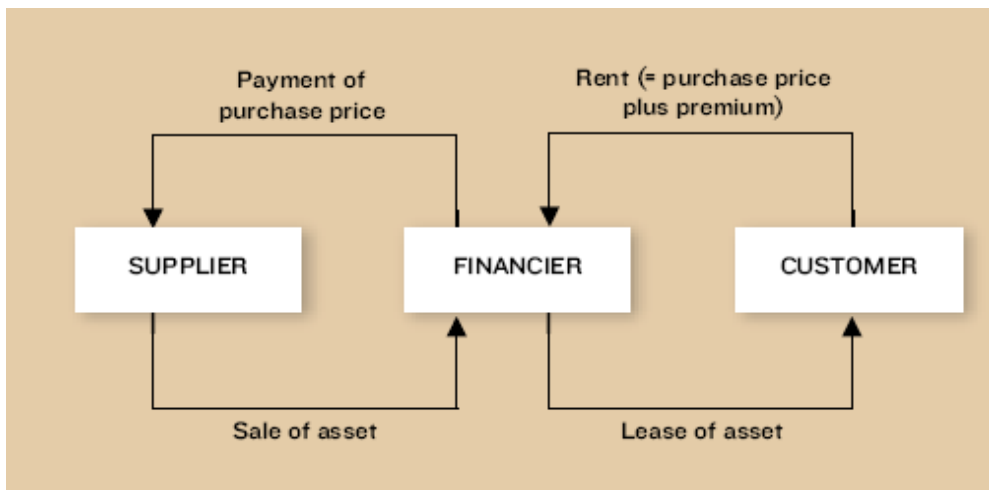
Bij financiering in deze vorm²⁹ wordt de door een klant gewenste woning, net als bij *murabaha*, door de financier in eigendom verkregen. De financier gaat vervolgens een huurovereenkomst aan met de klant. Dat is de basisovereenkomst, op grond waarvan de financier de woning verhuurt tegen een bepaald (maandelijks) bedrag aan de huurkoper. Daarnaast is sprake van een afzonderlijke overeenkomst³⁰ met de mogelijkheid tot aankoop van het onroerend goed door de cliënt. Op basis van die overeenkomst zal de

²⁸ Hierin schuilt een probleem. Want wat gebeurt er als de moslim zijn huis binnen de looptijd van de financiering wil verkopen en de financiering wil aflossen? De *Sharia* verhindert dat vooraf een bindende afspraak wordt gemaakt over de verlaging van de vaste opslag. De moslim loopt dus achteraf het risico dat hij de opslag voor de gehele termijn verschuldigd blijft, hoewel dat uiteraard nooit de bedoeling van partijen was.

²⁹ Zie voor een bredere omschrijving o.a. Hooft & Muller t.a.p., en A. Ettafahi, De inpasbaarheid van islamitische woningfinancieringscontracten in de Nederlandse eigenwoningregeling, *Forfaitair* 2010/202.

³⁰ Op basis van islamitisch recht is het niet toegestaan om zowel een koop- als een huurovereenkomst in één contract op te nemen.

koper betalingen aan de financier verrichten om uiteindelijk de eigendom van het huis te krijgen.³¹ Schematisch ziet dit eruit als volgt:



Bron: www.zawya.com

In de afbeelding wordt in de relatie tussen financier en klant gesproken van *lease*. Zoals hierboven uiteengezet, impliceert dat niet dat er louter een huurovereenkomst is, er is eveneens sprake van een verkoop, aangezien er anders ook geen titel is voor de eigendomsoverdracht.³²

Het belangrijkste verschil tussen de *ijara wa-iqtina* en de *murabaha* is dat bij de *ijara wa-iqtina* de financier gedurende de met de koper afgesproken tijd juridisch eigenaar van de woning blijft. Alle eigenaarslasten worden echter aan de koper doorberekend. De *leasetermijnen*, dat wil zeggen de maandelijkse termijnen die de koper aan de financier verschuldigd is, bestaan uit: aflossing, huur en een vergoeding van kosten en belastingen waarvoor de financier verantwoordelijk is. Islamitische geleerden zien dit contract niet als financieringscontract, maar als handelstransactie.³³ De opslag (winst) voor de financier wordt via de huur, welke onderdeel is van de leasetermijnen, doorberekend.

Het Nederlandse recht kent een rechtsfiguur die in belangrijke mate overeenstemt met deze islamitische financieringsconstructie: huurkoop.³⁴ Op huurkoop van onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen is de Tijdelijke Wet Huurkoop

³¹ Technisch gezien is sprake van een eenzijdige belofte van de koper de woning te zullen afnemen. De koper kan ook van de financier een eenzijdige belofte verlangen waarin deze belooft de woning te zullen afgeven aan de huurkoper. Deze belofte wordt wa'd genoemd.

³² Noodzakelijk op grond van het causale stelsel, neergelegd in art. 3:84 BW.

³³ Zie voor een duidelijke uitleg met rekenvoorbeeld: <http://www.ijaraloans.com/?p=20>

³⁴ Zie voor een uitgebreide beschrijving van huurkoop, ook met betrekking tot *financial lease*: P.L.M. Maas, Huurkoop onroerende zaken, *WPNR* (1995) 6189, p. 503 t/m 507.

Onroerende Zaken (hierna: TWHOZ) van toepassing. Mocht *ijara wa-iqtina* niet (rechtstreeks) onder de definitie van huurkoop vallen, dan staat buiten twijfel dat de bepalingen inzake huurkoop op grond van het tweede lid van artikel 1 TWHOZ toch op deze figuur kunnen worden toegepast, omdat *ijara wa-iqtina* uiteindelijk dezelfde strekking heeft als huurkoop.³⁵

Krachtens artikel 12 TWHOZ is de huurkoper steeds bevoegd tot vervroegde betaling van één of meer eerstvolgende termijnen van de koopprijs. Ook mag de huurkoper het resterende gedeelte van de koopsom in één keer afbetalen. In geval van vervroegde betaling ineens van het restant heeft de huurkoper recht op een aftrek, die wordt berekend naar de wettelijke rente of, indien deze lager is dan de bedongen rentevoet, naar laatstgenoemde rentevoet over elke daarbij vervroegd betaalde termijn. Omdat de bepaling nadrukkelijk dus spreekt van 'rente', bemoeilijkt deze het aangaan van een *ijara wa-iqtina*.³⁶

In artikel 2 lid 3 sub a TWHOZ wordt de notaris verder verplicht om in de akte op te nemen welk deel van de som strekt tot betaling van de verschuldigde rente. Betaling van rente vormt bij een islamitische financiering nu juist een probleem. Een aanpassing van dit artikel wordt daarom soms bepleit.³⁷

Er ligt nu inderdaad een conceptwetsvoorstel ter vervanging van de TWHOZ.³⁸ Daarin wordt niet meer expliciet gezegd dat de notaris de 'rente' in zijn akte moet vermelden, maar wel 'de kosten die voor rekening van de huurkoper komen'. Er is ook een bepaling voorzien met dezelfde strekking als artikel 12 TWHOZ.

³⁵ In gelijke zin C.P. Hooft & N.E. Muller, Shari'a-conforme woningfinanciering ontsluit, WPNR 2008/6765, p. 629, J.F.H. van den Belt, Islamitisch financieren: een analyse vanuit DNB en AFM, *Vakblad Financiële Planning*, juli/augustus 2008, nummer 7/8, alsmede F.A. Israël, Wettelijke belemmeringen bij het sluiten van een fiscaal vriendelijke 'halal hypotheek', *Weekblad Fiscaalrecht*, 2006/1142 en Ettafahi t.a.p.

³⁶ Daarbij merk ik terzijde op dat een rechtskeuze voor een ander rechtsstelsel dan het Nederlandse (welke rechtskeuze op grond van regels van internationaal privaatrecht in principe mogelijk is) de werking van de TWHOZ niet kan omzeilen, daar het om 'dwingend recht' gaat. Dit is belangrijk beginsel van internationaal privaatrecht, dat voor de landen van de Europese Gemeenschap is neergelegd in artikel 3 van de Rome I-Verordening. Zie Verordening (EG) no. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Pb. EU 2008, L177/6.

³⁷ Zie o.a. Israël t.a.p. en Sinke & Kranenborg t.a.p. Enigszins tegenstrijdig is dat aan de ene kant wordt betoogd dat in de maandtermijnen een rentecomponent zit, althans een opslag die daarmee gelijk kan worden gesteld, terwijl men die rentecomponent niet als zodanig wil benoemen.

³⁸ Zie <http://www.internetconsultatie.nl/consumentenkrediet> Dit conceptwetsvoorstel is besproken door prof. mr. A.A. van Velten, Eindelijk een spoedige vervanging van de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken?, WPNR (2012) 6952, p. 827 e.v.

3.4. Diminishing musharaka

Musharaka is een soort partnerschapcontract (*joint venture*). Toegepast in een financieringsconstructie komt het erop neer dat zowel de financier als de klant (koper) een belang³⁹ in het doelobject nemen. Het belang van de koper neemt langzaam toe en dat van de financier neemt af (*diminishing*). Aan het einde van het contract is de koper voor 100% gerechtigd tot de onroerende zaak.⁴⁰ De koper betaalt hiervoor in maandelijkse termijnen. De termijnen omvatten grofweg dezelfde componenten als bij *ijara wa-iqtina*.

Hoewel de historische basis geheel anders is (oorspronkelijk ging het veel meer om het gezamenlijk drijven van een onderneming met winstdeling), heeft de *diminishing musharaka* als financieringsconstructie een aantal trekken gemeen met de *ijara wa-iqtina*. Zo lang immers de volledige economische eigendom niet bij de koper berust, zou gesteld kunnen worden dat deze een met huur vergelijkbaar gebruiksrecht heeft van het deel waarover hij niet beschikt. En daardoor lijkt het erg op *ijara wa-iqtina*.⁴¹

De basis voor de uiteindelijke verwerving van de volledige economische (en afhankelijk van het contract ook de juridische) eigendom is naar mijn mening een koopovereenkomst, ook als deze in het contract niet als zodanig is benoemd. Om deze reden ben ik van mening dat de TWHOZ, net als bij de *ijara wa-iqtina*, ook van toepassing is op de *diminishing musharaka*. Het is daarom twijfelachtig of de *diminishing musharaka* vanuit civielrechtelijk oogpunt voor moslims een geschikte financieringsvorm voor de verwerving van de eigen woning is.⁴²

4. Fiscale aspecten

4.1. Algemeen

Het centrale vraagstuk met betrekking tot islamitische financieringen is uiteraard de fiscale kwalificatie van de betalingen aan de financier. Als deze op één lijn kunnen worden gesteld met 'rente' (ook al worden zij niet als dusdanig aangeduid), dan kan worden verdedigd dat zij aftrekbaar zijn op grond van artikel 3.120 Wet IB 2001, gesteld

³⁹ Meestal een economisch belang. Een juridisch belang is ook mogelijk; er is dan sprake van mede-eigendom.

⁴⁰ Dit lijkt erg op een vastgoedfonds, met dien verstande dat de koper uiteindelijk alle participaties verwerft.

⁴¹ In gelijke zin: R.P. Kranenburg en M.J. Sinke, The diminishing musharaka: groeiend eigendom als islamitisch perspectief?, *Weekblad Fiscaal Recht*, 2009/770. Zij stellen dat de *diminishing musharaka* een partnerschapsovereenkomst (*musharaka*) en een huurovereenkomst (*ijara*) inhoudt.

⁴² In gelijke zin Kranenburg & Sinke t.a.p.

dat de financiering is aangegaan met het oog op de verkrijging of verbetering van de 'eigen woning'. Op beide elementen (wanneer is in fiscaal opzicht sprake van 'rente', en wanneer van een 'eigen woning'?) zal ik hierna ingaan. Daarbij zal ik tevens ingaan op de kabinetsplannen, die voorzien in een wijziging van de eigenwoningregeling.

Bij financieringen waar in fiscaal opzicht sprake is van twee of meer verkrijgingen, speelt ook de vraag of er bij de tweede of opvolgende verkrijging (weer) overdrachtsbelasting is verschuldigd. Ook op die vraag zal ik nader ingaan, mede in het licht van recente ontwikkelingen.

4.2. Het begrip 'rente' nader beschouwd

Artikel 3.120 Wet IB 2001 geeft geen definitie van het begrip 'rente'. Op 15 juli 1980 heeft de Hoge Raad enige duidelijkheid verschaft. De Raad overwoog in zijn arrest:⁴³

"van rente kan slechts 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'."

Met andere woorden: er is sprake van 'rente' als partijen in wezen een vergoeding voor het ter beschikking stellen van een geldbedrag (hoofdsom) zijn overeengekomen.

Uit een andere uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat, ook al zijn partijen niet overeengekomen dat zij een financieringsovereenkomst tegen rentebetalingen zijn aangegaan, er wel sprake kan zijn van aftrekbare rente⁴⁴ in de zin van artikel 3.120 van de Wet IB 2001. Deze rente kan zijn in één vast maandbedrag dat ook andere (niet-aftrekbare) componenten bevat, zoals de terugbetaling van de koopsom en doorberekende kosten en belastingen (vgl. *financial lease*). In onderdeel 4.2. zijn besluit van 29 oktober 2009⁴⁵ neemt de staatssecretaris van Financiën een gelijk standpunt in, waar hij opmerkt:

"Termijnen van een leasecontract bevatten een aflossingscomponent en een rentecomponent. De rentecomponent in de leasetermijnen is aftrekbaar voor zover sprake is van een eigenwoningschuld."

⁴³ HR 15 juli 1980, BNB 1980/315.

⁴⁴ HR 13 maart 1985, BNB 1986/231.

⁴⁵ Nr. CPP2009/2148M, Staatscourant 16632.

4.3. Eigen woning

In artikel 3.111 Wet IB 2001 is het begrip 'eigen woning' gedefinieerd. Het moet gaan om een gebouw (of een zelfstandig deel daarvan), met de daartoe behorende aanhorigheden, zoals tuin en garage, voor zover dat de belastingplichtige en degenen die tot zijn huishouden behoren duurzaam als hoofdverblijf ter beschikking staat op grond van juridische eigendom of economische eigendom. Verder moeten alle kosten en lasten drukken op de belastingplichtige (of zijn partner) en moet deze de voordelen genieten.

Voor het hebben van voldoende economisch eigendom is vereist dat de koper het genot van de woning heeft en bevoegd is om over de woning te beschikken. Van belang is dat de staatssecretaris in onderdeel 1.1. van zijn besluit van 24 november 2009⁴⁶ heeft aangegeven dat economisch eigendom niets anders is dan de juridische eigendom zonder levering van de onroerende zaak. Volgens artikel 3.111 Wet IB 2001 in combinatie met voormeld besluit is daarbij onder meer bepalend dat de koper een belang van ten minste 50% moet hebben bij de waardeontwikkeling van de woning.⁴⁷ Onder 'waardeontwikkeling' verstaat de staatssecretaris het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer op het moment van aankoop en de waarde op het moment van doorverkoop.

4.4. Islamitische hypotheken en de eigenwoningregeling

4.4.1. Murabaha

In de kern gaat het bij deze financieringsvorm om een opslag die formeel gezien de uiterlijke verschijningsvorm heeft van verkoopwinst. Als die kwalificatie fiscaal wordt gevolgd, komen we aan de eigenwoningregeling niet toe. Dat standpunt wordt o.a. verdedigd door Kranenburg.⁴⁸

Andere auteurs⁴⁹ pleiten er – al zeggen zij dat niet letterlijk – voor om door de constructie heen te kijken. Zij benadrukken dat het doel van de constructie uiteindelijk is dat er een vergoeding wordt betaald aan de bank en dat die vergoeding ziet op de

⁴⁶ Onderdeel 1.2. van het besluit van 24 november 2009, CPP2009/2342M, NTFR 2009/2612.

⁴⁷ Deze eis geldt ook voor "gewone" eigendom.

⁴⁸ Aldus Kranenburg in de bijdrage van Sinke & Kranenburg, 'Islamitisch Financiering – De Halal Hypotheek in Nederland?' *Vastgoed, fiscaal en Civiel* 14 augustus 2009.

⁴⁹ Aldus Sinke in voornoemde bijdrage van Sinke & Kranenburg. Zie ook Hooft & Muller t.a.p.

terbeschikkingstelling van een 'hoofdsom'. Zo beschouwd is er volgens hen sprake van een vergoeding die op één lijn met rente kan worden gesteld.

De rechter heeft zich in Nederland nog hoeven uitlaten over de fiscale kwalificatie van de vergoeding. Wel heeft Bilaa-Riba Islamic Finance⁵⁰ de constructie laten toetsen door de Belastingdienst. De Belastingdienst schijnt zich op het standpunt te hebben gesteld dat er geen aftrek kan worden toegelaten bij een *murabaha*-financiering. Er zijn echter geen stukken gepubliceerd waaruit dit standpunt kan worden afgeleid.

4.4.2. *Ijara wa-iqtina*

In de literatuur wordt door de meeste auteurs⁵¹ aangenomen dat *ijara wa-iqtina* in wezen een vorm van *financial lease* is. Op grond van HR 13 maart 1985, BNB 1986/231 wordt betoogd dat de opslag voor de financier die in de leasetermijnen is versleuteld op één lijn met rente kan worden gesteld.⁵²

Bedoelde auteurs stellen de opslag – die de uiterlijke verschijningsvorm heeft van een vergoeding voor het gebruik van de woning – dus op één lijn met rente.⁵³ Daarmee vóóronderstellen zij in wezen dat de koper – in ieder geval in fiscaal opzicht – de economische eigendom heeft van de woning. Dat sluit het betalen van huur uit; de opslag kan volgens hen fiscaal als (financierings)rente worden gezien.⁵⁴ Als inderdaad van (voldoende) economische eigendom sprake is, is daarmee voldaan aan de voorwaarden van een 'eigen woning' in de zin van de eigenwoningregeling, waarmee de aftrek van de rente is gegeven.⁵⁵

⁵⁰ In 2007 en 2008. Bilaa-Riba Islamic Finance is nooit actief geworden op de markt en is later opgeheven.

⁵¹ Zie o.a. Israël, t.a.p.

⁵² Zie ook onder 4.2. hiervóór.

⁵³ Aldus Sinke in de bijdrage van Sinke & Kranenborg, 'Islamitisch Financierieren – De Halal Hypotheek in Nederland?' *Vastgoed, fiscaal en Civiel* 14 augustus 2009. In gelijke zin: Hooft & Muller t.a.p.

⁵⁴ Naar mijn mening zou echter óók verdedigd kunnen worden dat het om verkoopwinst gaat. Als de gepropageerde vorm van *ijara wa-iqtina* met *murabaha* wordt vergeleken, is het enige verschil met laatstgenoemde dat bij *murabaha* de woning meteen wordt geleverd en bij *ijara wa-iqtina* pas aan het einde van de rit.

⁵⁵ Kranenborg is van mening dat het niet met *ijara wa-iqtina* verenigbaar is dat de economische eigendom bij de belastingplichtige (huurkoper) berust. Zie Sinke & Kranenborg, 'Islamitisch Financierieren – De Halal Hypotheek in Nederland?' *Vastgoed, fiscaal en Civiel* 14 augustus 2009.

4.4.3. Diminishing musharaka

Kranenburg en Sinke zijn uitgebreid ingegaan op de fiscale aspecten van de *diminishing musharaka*.⁵⁶ Zij komen ter zake van de toepasselijkheid van 3.120 juncto 3.111 Wet IB 2001 tot de volgende conclusies (door mij geparafraseerd):

1. ook *diminishing musharaka* is in wezen een vorm van huurkoop (net als *ijara wa-iqtina*);
2. de opslag voor de financier kwalificeert fiscaal niet als rente maar gaat op in een vergoeding voor het gebruik (net als bij *ijara wa-iqtina*);
3. er is geen sprake van een 'eigen woning' volgens artikel 3:111 Wet IB 2001, zelfs niet als de waardeontwikkeling de belastingplichtige voor meer dan 50% aangaat, aangezien de kosten en lasten niet alle op de belastingplichtige drukken (de kosten van groot onderhoud drukken volgens Kranenburg en Sinke in een *diminishing musharaka* op de financier).

Zelf acht ik op zijn minst verdedigbaar dat de eigenwoningregeling van toepassing is vanaf het moment dat het economisch belang in de woning 50% is. Maar dat maakt de instap in een *diminishing musharaka* wel erg hoog, omdat de verkrijging van dit belang een geldelijke inleg van 50% van de waarde van de woning vooronderstelt.⁵⁷

4.5. De kabinetsplannen

Het nieuwe kabinet onder leiding van premier Rutte is van plan⁵⁸ de eigenwoningregeling voor bestaande en nieuwe hypotheekleningen aan te passen. Vanaf 2014 wil men het maximale aftrektarief jaarlijks stapsgewijs verlagen. Het is uiteindelijk de bedoeling dat het maximale aftrektarief niet hoger is dan het tarief van de derde schijf (42%). Dit gebeurt in stappen van 0,5% per jaar. Verder zal vanaf 1 januari 2013 voor nieuwe hypotheekleningen de betaalde rente alleen onder voorwaarden kunnen worden afgetrokken van het inkomen. De belangrijkste voorwaarde is dat het een lening betreft die gedurende de looptijd volledig en ten minste op basis van annuïteiten⁵⁹ wordt afgelost.

⁵⁶ Zie R.P. Kranenburg en M.J. Sinke, The diminishing musharaka: groeiend eigendom als islamitisch perspectief? *WFR* 2009/770.

⁵⁷ In gelijke zin Hooft & Muller t.a.p.

⁵⁸ Zie voetnoot 6.

⁵⁹ Zie het voorgestelde artikel 3:119a juncto 3:119c Wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 en enige andere wetten in verband met de herziening van de fiscale behandeling van de eigen woning (Wet herziening fiscale behandeling eigen woning), Kamerstukken II 2012-2013, 33405. Het gaat - bij gelijkblijvende rente - om een vast maandbedrag dat is samengesteld uit rente en aflossing. In het begin zal er verhoudingsgewijs meer rente dan aflossing worden betaald, gedurende de looptijd wijzigt die verhouding. Zie voor meer informatie: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/koopwoning/vraag-en-antwoord/wat-is-de-hypotheekrenteaftrek.html>

Als de plannen werkelijkheid worden, blijft de discussie over de vraag of de financieringslasten in een islamitische hypotheek aftrekbaar zijn (waardoor deze niet substantieel duurder zijn dan conventionele hypotheek met rente) onverminderd actueel.

4.6. Overdrachtsbelasting

De overdrachtsbelasting gooit bij islamitische hypotheek roet in het eten. Dat heeft te maken met het feit dat bij alle islamitische hypotheekvormen voor de heffing van overdrachtsbelasting sprake is van twee of meer verkrijgingen. Dat betekent dat als de financier een woning aankoopt, er overdrachtsbelasting verschuldigd is over de waarde. Voorheen was het, op grond van artikel 13 Wet op belastingen van rechtsverkeer, zo dat er wéér overdrachtsbelasting was verschuldigd, als de tweede overdracht (aan de klant) plaatsvond na verloop van zes maanden na de eerste. Vond de overdracht echter binnen zes maanden plaats, dan was alleen overdrachtsbelasting verschuldigd voor zover de waarde of tegenprestatie bij de tweede transactie hoger was dan bij de eerste. Per saldo dus geen dubbele heffing over hetzelfde bedrag. De tweede koper vergoedde het voordeel (hij betaalde niet of nauwelijks belasting aan de fiscus) aan de eerste (in dit geval de financier). Per saldo drukte zodoende één maal overdrachtsbelasting op de tweede koper.

Recent is er een belangrijke wijziging doorgevoerd: de belasting is als er een woning wordt overgedragen verlaagd van 6% naar 2%.⁶⁰ Verder zal de hierboven bedoelde termijn van zes maanden worden opgerekt naar drie jaar.⁶¹ Wat betekent dit nu precies voor islamitische hypotheek?

Bij de *murabaha* lijkt op het eerste gezicht noch onder de oude regels, noch onder de huidige regels een probleem te ontstaan, omdat de tweede overdracht vrij snel (in ieder geval binnen drie jaar) plaatsvindt na de eerste. Zo simpel is het helaas echter niet. Als namelijk het standpunt wordt ingenomen dat de opslag voor de financier moet worden aangemerkt als verkoopwinst⁶², dan heeft dat tot gevolg dat de heffingsgrondslag voor de overdrachtsbelasting bij een *murabaha* hoger is dan bij een conventionele hypotheek. De overdrachtsbelasting wordt dan ook over de (totale!) opslag berekend. Daarbij komt nog een andere nadeel. Het is, zoals gezegd, gebruikelijk dat de tweede koper het voor

⁶⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 mei 2012, nr. BLKB 2012/863M.

⁶¹ Belastingplan 2013, Kamerstukken II 2012-2013, 33 402.

⁶² Aldus Kranenburg. Anders: Sinke t.a.p., alsmede Hooft & Muller t.a.p.

hem ontstane belastingvoordeel door de werking van artikel 13 Wet op belastingen van rechtsverkeer afstaat aan de verkoper (die de belasting moet afdragen aan de fiscus). Die extra vergoeding aan de verkoper is sinds 25 mei 2012⁶³ zelf ook weer onderworpen aan overdrachtsbelasting. Ondanks de verlaging van het tarief naar 2%, kan dit alles bij elkaar een aanzienlijke extra kostenpost opleveren.

Bij de *ijara wa-iqtina* zal de overdracht van de juridische eigendom aan de koper over het algemeen plaatsvinden ruim na het verstrijken van de driejaarstermijn. Die tweede overdracht is dan wederom met overdrachtsbelasting verschuldigd; de waarde die de woning dan heeft is daarbij bepalend. Per saldo drukt op de koper dus twee maal zoveel overdrachtsbelasting, gesteld dat de financier de overdrachtsbelasting ter zake van de eerste overdracht (aan de financier) doorberekend. Hoewel het tarief geen 6% meer⁶⁴ is maar 2%, maakt dit de *ijara wa-iqtina* duurder dan bij een conventionele transactie.

Bij de *diminishing musharaka* speelt in de kern hetzelfde probleem als bij de *ijara wa-iqtina*. Dat maakt de *diminishing musharaka* ook duurder voor de koper.

5. Tussenconclusie

Hierboven zijn drie soorten islamitische hypotheek beschreven: *murabaha*, *ijara wa-iqtina* en *diminishing musharaka*. Vanuit civielrechtelijk oogpunt lijkt *murabaha* het meest geschikt, aangezien bij de twee andere de TWHOZ in de weg lijkt te zitten.

Wezenlijker is dat bij alle hierboven omschreven islamitische hypotheek de huidige fiscale regels een probleem vormen. Het gaat er bij islamitische hypotheek uiteindelijk om dat de rente wordt geconverteerd in iets anders. Bij de *murabaha* gaat het – tenzij men bereid is om door de constructie heen te kijken, zoals door sommigen impliciet wordt bepleit – vanuit fiscaal oogpunt om verkoopwinst. Ik ben van mening dat dit bij *ijara wa-iqtina* en *diminishing musharaka* ook betoogd kan worden, al zou men ook kunnen stellen dat de opslag als huur kwalificeert. Evident is wel dat als de fiscus geen röntgenapparatuur wil inschakelen om door de uiterlijke verschijningsvorm heen te kijken, de kopende moslim de aan hem doorberekende opslag voor de financier niet in aftrek van zijn inkomen kan brengen. Met als gevolg dat hij meer betaalt dan bij een conventionele financiering.

⁶³ Zie het Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 mei 2012, nr. BLKB 2012/863M.

⁶⁴ Daarbij bestaat m.i. ook hetzelfde risico als bij *murabaha*, namelijk dat ook over de opslag voor de financier overdrachtsbelasting is verschuldigd als deze als verkoopwinst wordt beschouwd. Zie ook voetnoot 54.

Daarbij vormt de overdrachtsbelasting ook een hindernis bij alle drie soorten islamitische hypotheekvormen.

Het is duidelijk dat de huidige fiscale regels een aanzienlijke kostenpost ten opzichte van een 'normale' hypotheek met zich meebrengen. De drie besproken islamitische hypotheeken zijn dus, wanneer zij worden ingezet voor de aankoop van een woning, dus geen echt alternatief.

6. Zijn er andere mogelijkheden?

6.1. Algemeen

Het is zinvol om te bekijken of er nog andere mogelijkheden zijn die de onder 5. genoemde nadelen niet kennen. Het is dan interessant om te constateren dat in de eigenwoningregeling, zoals deze is neergelegd in artikel 3.120 juncto 3.111 Wet IB 2001, niet alléén de aftrek van hypotheekrente is geregeld. De wet laat ook andere lasten in aftrek toe. Ik doel op artikel 3:120 lid 1 sub b Wet IB 2001. Uit die bepaling volgt dat ook de periodieke betalingen op grond van de rechten van erfpacht, opstal of beklemming met betrekking tot de eigen woning aftrekbare kosten vormen.⁶⁵

Hieronder zal ik ingaan op de vraag of de rechten van erfpacht en opstal geschikt zijn om te worden gebruikt in het kader van een islamitische financiering.⁶⁶

6.2. Recht van erfpacht

Erfpacht is geregeld in artikel 5:85 e.v. BW. Het recht van erfpacht is volgens de definitie in artikel 5:85 lid 1 BW een zakelijk recht dat aan de rechthebbende de bevoegdheid verleent om de in erfpacht uitgegeven zaak te houden en te gebruiken volgens de bestemming ervan. Het gebruiksrecht kan betrekking hebben op de grond, maar ook op hetgeen daarop gebouwd is. De erfpachtstructuur kan een oplossing zijn om de *ijara wa-iqtina* op de Nederlandse markt aan te bieden. In dit geval zal de financier de onroerende zaak eerst aankopen en geleverd krijgen, waardoor deze juridisch eigenaar wordt. Vervolgens zal de financier een overeenkomst (de erfpachtovereenkomst) sluiten met de koper. Ter uitvoering van de erfpachtovereenkomst zal het recht van erfpacht bij notariële akte kunnen worden gevestigd bij notariële akte. In die akte zal de verplichting

⁶⁵ Daarbij is interessant dat de aftrekbaarheid van bedoelde periodieke betalingen niet gebonden is aan de maximale termijn van 30 jaar en ook niet aan de zgn. 'bijleenregeling'.

⁶⁶ Op het recht van beklemming ga ik niet verder in. Dit zakelijke recht komt namelijk alleen in de provincie Groningen voor.

van de koper kunnen worden vastgelegd tot voldoening van een maandelijkse canon aan de financier.

Door enkel het recht van erfpacht kan de koper niet de 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 geeft de koper de mogelijkheid tot verkrijging van de juridische eigendom van de onroerende zaak.⁶⁷ Door uitoefening van de optie ontstaat bovendien de mogelijkheid voor de koper om de zaak tussentijds onbezwaard te verkopen en te leveren aan een derde (bijvoorbeeld een niet-moslim).⁶⁸

6.3. Recht van opstal

Het recht van opstal is in artikel 5:101 e.v. BW geregeld. In veel opzichten lijkt het recht van opstal op het recht van erfpacht. Veel wettelijke bepalingen die op het recht van erfpacht betrekking hebben worden van overeenkomstige toepassing verklaard. Er is één belangrijk verschil: het recht van erfpacht omvat een gebruiksrecht van de in erfpacht uitgegeven zaak, maar het recht van opstal brengt van rechtswege met zich mee dat de gerechtigde tot het recht van opstal de eigendom krijgt van de zaak of zaken waarvoor het recht van opstal is gevestigd. Het recht van opstal kan uitsluitend de eigendom van die zaak of zaken betreffen, dus niet de eigendom van de ondergrond. Wel kan het recht van opstal een gebruiksrecht van de grond met zich meebrengen.

Via het recht van opstal kan aan de gerechtigde daartoe worden opgelegd dat deze een periodieke vergoeding betaalt aan degene die het recht heeft gevestigd. Die vergoeding wordt 'retributie' genoemd.

6.4. 'Eigen woning'?

Een woning die de belastingplichtige toebehoort krachtens eigendom, maar die is gebouwd op erfpachtgrond, komt volgens artikel 3.111 Wet IB 2001 in aanmerking voor de eigenwoningregeling.⁶⁹ Als een erfpachtrecht is gevestigd op de grond, heeft de erfpachter niet de eigendom van de daarop gebouwde woning. Strikt genomen behoort de woning de erfpachter niet toe in vorenbedoelde zin. Volgens artikel 3.111 Wet IB 2001 volstaat het echter ook als de belastingplichtige de economische eigendom heeft. Een recht van erfpacht in combinatie met een de economische eigendom van de grond

⁶⁷ Vgl. H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.p. 559-575.

⁶⁸ Daardoor ontstaat wel weer een samenstel van rechtshandelingen dat dezelfde strekking heeft als huurkoop, waardoor de Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken van toepassing is. Zie onder 3.3. hiervóór.

⁶⁹ Zie ook MvT Belastingherziening 2001, Kamerstukken 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 145.

kwalificeert dus voor de eigenwoningregeling. Zoals onder 4.3. reeds naar voren kwam, moet de erfpachter dan in ieder geval een belang van ten minste 50% hebben bij de waardeontwikkeling van de woning.

Belangrijk is verder dat volgens het onder 4.6. genoemde besluit van de staatssecretaris van Financiën van 24 november 2009 de eigenwoningregeling niet van toepassing is, indien sprake is van 'huuranalogie'. Daarvan is volgens de staatssecretaris sprake, "*wanneer niet op de grond, maar op het pand een recht van erfpacht is gevestigd*".⁷⁰ Alleen als de situatie materieel gelijk is aan economische eigendom, is er geen bezwaar om de eigenwoningregeling toe te passen. De staatssecretaris stelt als voorwaarden dat de economische waarde van de opstal in één keer wordt vergoed, er geen sprake is van een (periodieke) canon voor de opstal, het erfpachtrecht minimaal 25 jaar loopt en de koopsom voor de opstal zuiver en zakelijk is vastgesteld.

6.5. Is het recht van erfpacht geschikt voor financiering van de eigen woning?

Onder 6.4. zagen we dat, als een recht van erfpacht wordt gevestigd op een perceel waarop een woning staat, de canon aftrekbaar is, mits er een koopsom voor de opstal (woning) wordt betaald. Die koopsom moet in één keer worden voldaan, deze kan dus niet in termijnen worden betaald.

De waarde van de opstal wordt vaak herleid uit de waarde van de grond + opstal, bijvoorbeeld door een percentage te hanteren. Een percentage van om en nabij de 40% is niet ongebruikelijk.

Stel dat de waarde van opstal + grond € 200.000,- bedraagt, dan moet bij een percentage van 60%⁷¹ voor de opstal ingevolge de fiscale regels een bedrag van € 120.000,- direct worden betaald, wil de canon aftrekbaar zijn. Het gaat om een zo aanzienlijk bedrag, dat weinig mensen dit uit eigen middelen zullen kunnen fourneren. Dat maakt dat het recht van erfpacht geen alternatief is voor een conventionele hypotheek.

⁷⁰ Een merkwaardige constatering, want als het om grond gaat waarop een pand staat rust het recht van erfpacht altijd op de ondergrond en de opstal. Dit heeft te maken met het eenheidsbeginsel, neergelegd in artikel 5:20 BW.

⁷¹ Een percentage van 40% voor de grondwaarde is niet ongebruikelijk. Afhankelijk van de ligging (bijv. in de Randstad) kan het percentage oplopen tot meer dan 50%.

6.6. Is het recht van opstal geschikt voor financiering van de eigen woning?

Het recht van opstal leent zich, afgezien van de toepasselijkheid van de eigenwoningregeling, naar zijn aard minder goed, omdat het recht alleen betrekking heeft op hetgeen op de grond is gebouwd en niet op de ondergrond en bijbehorende grond.⁷²

6.7. Erfpacht + opstal = de oplossing?

In een vrij recent arrest⁷³ moest de Hoge Raad zich buigen over de vraag of de eigenwoningregeling van toepassing is in een situatie waarin de grond in erfpacht was uitgegeven aan de belastingplichtige en *tevens* een (van het recht van erfpacht afhankelijk) recht van opstal was gevestigd. Het recht van opstal omvatte het recht om de woning op de erfpachtgrond in eigendom te hebben.

De Hoge Raad heeft in dit arrest beslist dat de eigenwoningregeling van toepassing was, omdat het recht van opstal de eigendom van de woning omvatte, waardoor (ik paraphraseer) het niet nodig was om te onderzoeken of de belastingplichtige de economische eigendom had en het evenmin nodig was om vast te stellen in hoeverre er sprake was van huuranalogie, gesteld dat de waardeontwikkeling de belastingplichtige voor ten minste 50% aanging.

De beslissing van de Hoge Raad leidde er in het berechte geval toe dat zowel de canon als de retributie aftrekbaar waren. Het is de vraag of dat altijd zo is als tegelijkertijd een erfpachtrecht en een opstalrecht worden gevestigd. Verder staat niet vast of de canon en de retributie in hun geheel aftrekbaar zijn. Als ook hier door de constructie wordt heengekeken en zou kunnen worden geconcludeerd dat de canon en retributie materieel een component aflossing en een opslag voor de financier omvatten, zou ik menen dat de strekking van de eigenwoningregeling met zich meebrengt dat de aflossingscomponent niet voor aftrek in aanmerking komt. Anders zou de fiscus meebetalen aan de aflossing van de schuld, hetgeen niet de bedoeling kan zijn. De opslag voor de financier is wel aftrekbaar, daarover lijkt mij geen twijfel mogelijk.

Om het bovenstaande te verduidelijken, hierbij een voorbeeld:

⁷² Al zou op grond van artikel 5:103 BW ook anders betoogd kunnen worden. Volgens die bepaling heeft de opstaller ten aanzien van de zaak waarop zijn recht rust de bevoegdheden die voor het volle genot van zijn recht nodig zijn. Het genot van de grond zou daar ook kunnen vallen. Anders: prof. mr. O.K. Brahn en prof. mr. W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, p.150, 9^e druk (Kluwer).

⁷³ HR 17 februari 2012, NTFR 2012, 476 m. nt. Zandee-Dingemanse. Zie voor een bespreking van dit arrest mr. dr. J.P. Boer, Betalingen voor erfpacht- en opstalrechten in de eigenwoningregeling, NTFR (2012) 21, p. 1 e.v.

Een financier koopt een woning van € 200.000 ten behoeve van haar klant.
De financier vestigt een recht van opstal en een recht van erfpacht ten behoeve van de klant. Beide rechten worden gevestigd voor een periode van 30 jaar.
De grondwaarde bedraagt 40%, derhalve € 80.000,-
De waarde van de opstal bedraagt 60%, derhalve € 120.000,-
De retributie (gerelateerd aan de grondwaarde die wordt gesteld op 60% van de aankoopprijs, derhalve € 120.000,-) en de canon (gerelateerd aan de grondwaarde die wordt gesteld op 40% van de aankoopprijs, derhalve € 80.000,-) worden berekend alsof sprake is van een lening met annuïteit op basis van een looptijd van 30 jaar en een opslag van - stel - 6%. Aldus zijn de canon en retributie per maand vast, nl. € 1.199,10 per maand. Na 30 jaar worden de canon en retributie op nihil vastgesteld en kan de bloot-eigendom voor € 1,- worden bijgekocht. Gedurende 30 jaar kan de opslagcomponent in de canon en de retributie worden afgetrokken.
In theorie is het mogelijk om het erfpacht- en opstalrecht tussentijds te verkopen met instandhouding van de oorspronkelijke voorwaarden. De nieuwe koper neemt dan de positie over van de eerste. Mogelijk zal een nieuwe koper die geen moslim is daar niet geneigd toe zijn. Om tussentijdse verkoop in dat geval niet te bemoeilijken, moet de structuur voorzien in de mogelijkheid voor de eerste koper om tussentijds de bloot-eigendom te verwerven tegen een koopprijs die gerelateerd is aan de (contante waarde van) de toekomstige canon- en retributiebetalingen die hij anders was verschuldigd.

6.8. Overdrachtsbelasting

Het grote voordeel ten opzichte van de hierboven besproken contractsvormen, is dat er alleen bij aanvang overdrachtsbelasting verschuldigd is. De overdrachtsbelasting wordt berekend door de canon en retributie te kapitaliseren op basis van – in dit geval – een kapitalisatiefactor van 17⁷⁴. De heffingsgrondslag is op basis van artikel 11 lid 1 Wet op belastingen van rechtsverkeer echter nooit hoger dan de waarde van de volle eigendom. In het rekenvoorbeeld wordt de overdrachtsbelasting dus berekend over € 200.000,-. Daarmee onderscheidt de structuur met erfpacht en opstal zich positief van de onder 3.2. besproken vorm van *murabaha*. Zoals wij onder 4.6. zagen, is in die vorm niet zeker of de opslag voor de financier buiten de heffingsgrondslag voor de overdrachtsbelasting blijft.

⁷⁴ Ingevolge de bijlage bij het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971.

6.9. Kan dit in een islamitisch vat worden gegoten?

Een structuur als hierboven omschreven, waarbij gebruik wordt gemaakt van de rechten van erfpacht en opstal, zit ergens tussen *murabaha* en *ijara wa-iqtina* in. Voor zover ik weet is er geen islamitisch (benoemd) contract dat exact de lading dekt. Vraag is of dit een probleem oplevert. Ik zou menen dat, ook als er geen duidelijk etiket op een structuur kan worden geplakt, een gelovige moslim er gebruik van mag maken, mits de structuur niet tegen de beginselen van de Sharia indruist.⁷⁵ Als men van mening is dat de in hoofdstuk 3 omschreven islamitische hypotheek niet in strijd zijn met de beginselen, is de structuur met erfpacht- en opstalrechten dat ook niet. In alle gevallen wordt de rentecomponent geconverteerd in iets wat naar uiterlijke verschijningsvorm geen rente is.

Nu hebben de onder 3. omschreven islamitische hypotheekvormen als nadeel dat de fiscus geneigd lijkt te zijn om de gekozen juridische vorm (verkoopwinst of huur) te volgen en om er dus geen rente in te zien. De constructie met een erfpacht- en een opstalrecht heeft als voordeel dat de fiscus er niet doorheen hoeft te kijken: canon en retributie zijn volgens de eigenwoningregeling *zelfstandig* aftrekbaar, al zou ik menen dat de aftrek beperkt moet blijven tot de component in de canon en de retributie die gelijk kan worden gesteld met de financieringsopslag (zie kader hierboven).

7. Eindconclusie

Aan alle islamitische hypotheekvormen die gebruikelijk in de literatuur worden gepromoot (*murabaha*, *ijara wa-iqtina*, *diminishing musharaka*) kleven – behalve dat zij tamelijk gekunsteld overkomen – belangrijke fiscale bezwaren. In de eerste plaats lijkt de fiscus niet bereid om iets wat zich niet als rente presenteert, maar als verkoopwinst of huur, toch als rente te behandelen. In de tweede plaats gooit de overdrachtsbelasting roet in het eten. Ook al bedraagt die belasting tegenwoordig – waar het om de aankoop van een woning gaat – slechts 2% van de belastbare som (en geen 6%), er treedt toch een nadeel op ten aanzien van een conventionele hypotheek, aangezien er in het slechtste geval twee maal over de hele som belasting is verschuldigd. Die komt uiteraard voor rekening van de koper.

⁷⁵ Tjittes, t.a.p., p. 144, concludeert: "Het getuigt van onnodig formalisme om bij islamitische financieringsconstructies gebruik te maken van Arabische termen. Het is de inhoud van de financieringsconstructie die telt bij het antwoord op de vraag of die constructie in overeenstemming is met de Sharia."

Gelukkig is er een beter alternatief voor handen. Als door de financier een erfpachtrecht en een opstalrecht worden gevestigd ten behoeve van de koper én de canon en retributie worden berekend alsof van een conventionele financiering met vaste rente en aflossing sprake zou zijn, komt de financieringsopslag in de canon en retributie *zelfstandig* voor aftrek in aanmerking: van de fiscus hoeft dan dus niet verlangd te worden om door de structuur heen te kijken. Een ander belangrijk voordeel is dat er slechts eenmaal overdrachtsbelasting verschuldigd is.

Als islamitische geleerden bereid zijn om (gekunstelde) constructies als *murabaha*, *ijara wa-iqtina*, *diminishing musharaka* goed te keuren, zouden zij ook met een minder gekunstelde, waarbij gebruik wordt gemaakt van de (conventionele) zakelijke rechten van erfpacht en opstal, moeten kunnen instemmen.

Leiden, 17 december 2012.

Dit artikel is geschreven in samenwerking met de Vereniging tot bestudering van het Recht van de Islam en het Midden Oosten (RIMO).

Naschrift

In mijn bijdrage heb ik mij op het standpunt gesteld dat bij een constructie waarbij gebruik wordt gemaakt van een opstalrecht en een erfpachtrecht alleen de component in de canon en de retributie die betrekking hebben op de financieringsopslag voor aftrek in het kader van de eigenwoningregeling in aanmerking komen en dus niet op de component die op één lijn met aflossing kan worden gesteld.

Dit standpunt is in lijn met Hof Amsterdam 2 mei 2013, 12/00420, LJN CA0082, NTFR 2013/1327 (JB). In de betreffende casus, waarin sprake was van vestiging van een erfpachtrecht en een opstalrecht, waren de canon en retributie uiteindelijk niet aftrekbaar, maar dat had te maken met de omstandigheid dat het uiteindelijk niet ging om de verwerving, verbetering of onderhoud van de eigen woning.

Leiden, 12 september 2013