

Retentierecht: Klant betaalt niet, accountant wil stukken achterhouden. Wat mag wel/niet?

23 JANUARI 2019 DOOR ACCOUNTANCY VANMORGEN



Als klanten, ondanks betalingsherinneringen, de facturen niet betalen en wel van de accountant verwachten dossierstukken te retourneren, is het verleidelijk stukken achter te houden met een beroep op het zogenaamd retentierecht. Advocaat mr. Danny Theunis legt uit.

In de praktijk is veel onduidelijkheid. Wanneer en in hoeverre mogen accountants stukken in dit kader achterhouden? Wanneer het retentierecht ten onrechte of op onjuiste wijze wordt toegepast, handelt de accountant klachtwaardig en kan hij zelfs aansprakelijk zijn.

Welke documenten?

Voor de vraag voor welke stukken het retentierecht kan worden ingeroepen, onderscheiden we:

1. stukken van de klant die niet door de accountant zijn bewerkt,
2. stukken die door de accountant zijn vervaardigd of bewerkt,
3. interne dossiervastleggingen van de accountant. De interne dossiervastleggingen krijgt de klant normaliter sowieso niet en speelt hier dus in principe niet.

Naar vaste rechtspraak van de Accountantskamer kan een retentierecht alleen worden ingeroepen voor stukken die door de accountant zijn vervaardigd of bewerkt (het tweede type). Denk daarbij onder meer aan door de accountant samengestelde jaarrekeningen, controleverklaringen, door de accountant opgestelde publicatiestukken en door de accountant bewerkte gegevens uit de administratie van de klant. Alleen over die stukken kan (tuchtrechtelijk) een retentierecht worden uitgeoefend. Mits wel ook aan andere voorwaarden is voldaan. De stukken die echter van klant kwamen en die dus *niet* door de accountant zijn bewerkt, moeten daarentegen volgens de tuchtrechter altijd – op verzoek – worden geretourneerd aan de klant. Het retentierecht gaat dus tuchtrechtelijk gezien over door de accountant vervaardigde stukken. De tuchtrechter verwacht wel consequent van de accountant dat hij een belangenafweging maakt tussen zijn belang tot het achterhouden van de (bewerkte) stukken en het voor de accountant kenbare belang van de klant bij de afgifte daarvan.

Belang van de accountant versus belang klant

Het belang van de accountant betreft in de regel het betaald krijgen van de eigen facturen. Voor zover het retentierecht voortvloeit uit de wet – en niet slechts uit eventuele toepasselijke algemene voorwaarden – is dat het enige belang waarop een accountant zijn retentierecht mag baseren. Een ander belang laat zich overigens ook moeilijk indenken.

Denk bij het belang van de klant aan bijvoorbeeld het kunnen verschaffen van financiële gegevens aan de bank. Over het kunnen opmaken van belastingaangiftes lijken er verschillen in uitspraken van de Accountantskamer te bestaan. Soms is dat wel en soms niet van voldoende belang. Het gaat daarbij wel om het voor de accountant *kenbare* belang.

De accountant moet deze belangen tegen elkaar afwegen. Als het belang van de accountant niet opweegt tegen het belang van de klant, kan de accountant zich redelijkerwijs niet op een retentierecht beroepen. De hoogte van het openstaande factuurbedrag kan daarbij een rol spelen.

Gelet op het door de Accountantskamer gehanteerde adagium 'wat niet is gedocumenteerd, is niet geschied' is het verstandig de gemaakte belangenafweging te documenteren en te bevestigen aan de klant. Dit voor wanneer later zou worden geklaagd over het beroep op het retentierecht.

Sprake van één of meer opeisbare vorderingen

Een derde toepassingsvereiste betreft de gerechtvaardigheid van het (inroepen van het) retentierecht. Aangezien het retentierecht dient als drukmiddel om betaling af te dwingen, moet sprake zijn van één of meer opeisbare vordering(en) van de accountant/accountantsorganisatie en dient de klant betaling niet op goede gronden achter te houden.

Natuurlijk is het verstandig de klant (waar mogelijk) eerst een aanmaning te sturen over de openstaande facturen, alvorens het retentierecht in te roepen. Facturen zijn normaliter opeisbaar zodra de betalingstermijn is verstreken. Het moet dan wel gaan om een door partijen overeengekomen *fatale* termijn. Het enkel op de factuur vermelden van een betalingstermijn is in beginsel onvoldoende om van een fatale termijn te spreken. Partijen moeten de strekking van de termijn als fatale termijn zijn overeengekomen. Dat is vaak opgenomen in algemene voorwaarden en/of in de opdrachtbevestiging. Als de algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard in de (opdracht)overeenkomst of in een opdrachtbevestiging en deze door de klant (expliciet of stilzwijgend) zijn aanvaard, is dat in beginsel wel voldoende om van een fatale termijn te spreken. Zolang de fatale termijn nog niet is verstreken, is de vordering in de regel nog niet opeisbaar en kan het retentierecht in beginsel nog niet worden ingeroepen. Verder verdient het tuchtrechtelijk aanbeveling zoveel mogelijk overige medewerking te verlenen bij een beroep op een retentierecht. Denk daarbij aan het (wel) direct ter beschikking stellen van onbewerkte stukken, het beantwoorden van vragen van de klant, het verstrekken van specificaties (waarvan het nalaten op zich al tuchtrechtelijk laakbaar kan zijn) en het aanbod om bepaalde stukken wel ter beschikking te stellen tegen vergoeding of bij een overeen te komen betalingsregeling.

Retentierecht en de opvolgende accountant

Wanneer een retentierecht wordt ingeroepen tegenover een opvolgend accountant dient te worden bedacht dat de Wet Toezicht Accountantsorganisaties (WTA) nadere regels geeft voor het verschaffen van toegang tot informatie met betrekking tot wettelijke controlecliënten (niet zijnde organisaties van openbaar belang). Zo bepaalt art. 20 lid 3 WTA dat een accountantsorganisatie de opvolgend accountant – die een wettelijke controle gaat verrichten – in dat geval desgevraagd toegang verleent tot alle relevante informatie met betrekking tot die controlecliënt, waaronder de meest recente wettelijke controle van die cliënt. Tot slot zij vermeld dat de NBA voor dit soort gevallen een handreiking heeft uitgevaardigd: handreiking 1134, Samenwerking voorgaande en opvolgende accountant (de Handreiking). Anders dan art. 20 lid 3 WTA ligt in de Handreiking de focus op organisaties van openbaar belang. De Handreiking kan echter ook voor niet-OOB's worden toegepast.

Uitzondering bij faillissement cliënt

Voor het bovenstaande geldt nog wel een uitzondering voor faillissementen die na 1 juli 2017 zijn uitgesproken. In dergelijke faillissementen zijn accountants die de administratie van de failliet in de uitoefening van hun beroep of bedrijf geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, verplicht deze administratie desgevraagd aan de curator ter beschikking te stellen. Dat betreft dus ook voor eventueel door de accountant gevoerde (en dus door hem vervaardigde) administratie. Deze administratie dient op aanvraag aan de curator te worden verstrekt, ongeacht deze door de accountant is bewerkt of niet. Een accountant kan zich in dergelijke faillissementen niet op een retentierecht beroepen. Daarbij dient wel te worden bedacht dat het daarbij 'slechts' gaat om de administratie. Het accountantsdossier behoort daar in principe *niet* toe. Daarop kan dus in beginsel wel een beroep op een retentierecht worden gedaan (voor zover dat niet de administratie omvat), mits ook aan de andere toepassingsvoorwaarden wordt voldaan.

Worden bovengenoemde toepassingsvoorwaarden nageleefd – en gedocumenteerd – dan zal het inroepen van het retentierecht de tuchtrechtelijke toets in principe kunnen doorstaan.

Tuchtrechter strenger dan de civiele rechter

Anders dan de tuchtrechter hanteert de civiele rechter in beginsel niet het onderscheid tussen door de accountant vervaardigde of bewerkte stukken enerzijds en stukken afkomstig van de klant anderzijds. Civielrechtelijk kan het retentierecht dus in beginsel worden ingeroepen over alle stukken van de klant. Ook wordt in beginsel niet getoetst of de accountant een belangenafweging heeft gemaakt. De civiele rechter weegt daarentegen zelf (impliciet of expliciet) de belangen van de accountant af tegen het belang van de klant. De civiele rechter toetst of aan de wettelijke of contractuele toepassingsvoorwaarden voor het inroepen van een retentierecht is voldaan. Als het wettelijk retentierecht wordt ingeroepen (gebaseerd op art. 3:290 jo 6:52 BW), dan dient de vordering van de accountantsorganisatie opeisbaar te zijn en dient er tussen deze vordering en zijn verplichting tot afgifte van de gevraagde stukken voldoende samenhang te bestaan om het achterhouden te

rechtvaardigen. Daarnaast kan worden getoetst of een beroep op het retentierecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (on)aanvaardbaar is. Dit is echter een hoge drempel, die slechts in bijzondere gevallen zal worden gehaald.

De criteria van de tuchtrechter zijn dus in principe strenger dan de criteria die de civiele rechter hanteert. Dat is opvallend, maar op zich niet verwonderlijk als men bedenkt dat de aard van deze procedures verschillen. Bij tuchtrecht staat het handelen van de accountant centraal, waar de civiele rechter in het algemeen meer oog heeft voor het handelen van de verschillende betrokken partijen en de betalingsmoraal. Accountants doen er hoe dan ook verstandig aan de genoemde criteria van de tuchtrechter in acht te nemen.

Mr. D.C. Theunis

Advocaat bij Blaisse en gespecialiseerd in (beroeps)aansprakelijkheids- en tuchtrecht.