

ANDRZEJ OLAS^{*}

PRZESŁANKA PŁYNNOŚCI WIERZYTELNOŚCI JAKO INSTRUMENT PRZECIWDZIAŁANIA NADUŻYCIU ZARZUTU POTRĄCENIA W PROCESIE CYWILNYM

I. PRZEDMIOT I CEL ARTYKUŁU

W literaturze przedmiotu wymóg płynności względnie pewności (bezsorności) wzajemnych wierzytelności stron jako materialnoprawną przesłankę potrącenia wiąże się na ogół z modelem potrącenia automatycznego, tj. dokonywanego z mocy samego prawa (*ex lege/ipsa iure*)¹, charakterystycznego dla romańskich systemów prawnych, w tym w szczególności prawa francuskiego sprzed wielkiej reformy francuskiego prawa zobowiązań (dawny art. 1290 francuskiego kodeksu cywilnego z 1804 r.)²³ oraz niegdysiejszego prawa włoskiego (art. 1286 dawnego włoskiego

^{*} Autor jest doktorem nauk prawnych; adwokatem; adiunktem w Zakładzie Postępowania Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Tak m.in. M. Pyziak-Szafnicka: *Potrącenie w prawie cywilnym*, Warszawa 2002, s. 55. W nauce obcej zob. m.in. E. Bucher: *Kompensation im Prozess: Zurück zum materiellen Recht* (w:) *Festschrift für Reinhold Geimer*, Hrsg. R.A. Schütze, München 2002, s. 106, 153; R. Zimmermann: *Comparative foundations of a European law of set-off and prescriptions*, Cambridge 2002, s. 52; C. Fountoulakis: *Set-off Defences in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis*, Oxford–Portland–Oregon 2011, s. 96.

² Code civile z 1804 r.

³ Zmiany wprowadzone na mocy rozporządzenia z mocą ustawy nr 2016–131 z dnia 10 lutego 2016 r. w sprawie reformy prawa zobowiązań, która weszła w życie z dniem 1 października 2016 r. (Ordonnance n° 2016–131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations), miały na celu modernizację tego ponad dwustuletniego aktu, przy czym poza dostosowaniem niektórych przyjętych w nim rozwiązań do potrzeb współczesności, większość dokonanych zmian stanowi formę kodyfikacji dotychczasowej praktyki sądowej, odbiegającej od literalnego (nie zawsze jasnego) brzmienia leciwych przepisów kodeksu tudzież je uzupełniających. Nie inaczej sytuacja przedstawia się w zakresie przepisów o potrąceniu, które dokonując swojej konsolidacji regulacji ustawowej, zapewniły kompatybilność litery prawa z odbiegającą od niej sądową praktyką. Rozporządzenie to zostało oparte na wstępnym projekcie reformy prawa zobowiązań i prawa przedawnienia (*L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*) z 2005 r. przygotowanym

kodeksu cywilnego z 1865 r., stanowiący *notabene* literalne tłumaczenie na język włoski art. 1290 Kodeksu Napoleona). W ramach mechanizmu potrącenia *ipso iure* wymóg ten służyć miałby umożliwieniu umiejscowienia w czasie powstania skutków potrącenia⁴. Twierdzi się przy tym, że kompensata automatyczna jest możliwa jedynie wówczas, gdy jej przedmiot (wzajemne, jednorodziejowe, zaskarżalne i wymagalne wiarytelności ustalone co do podstawy i wysokości) niewątpliwie istnieje⁵.

Powyższy pogląd o nierozzerwalnym związku pomiędzy potrąceniem *ipso iure* a materialnoprawną przesłanką płynności fałszyfikuje okoliczność, że pomimo daleko posuniętego rozluźnienia modelu potrącenia z mocy samego prawa w romańskich porządkach prawnych, wskutek ewolucyjnej, dokonywanej przez judykaturę transformacji w kierunku potrącenia dokonywanego *ope exceptionis*, usankcjonowanego ostatecznie ustawowo w obu wskazanych wyżej jurysdykcjach⁶, wymóg płynności jako materialnoprawna przesłanka potrącenia został w nich utrzymany⁷.

Zasadniczą tezą niniejszego artykułu jest twierdzenie, że przesłanka płynności wiarytelności ma nie tylko procesową genezę i funkcję polegającą na przeciwdziałaniu nadużyciu zarzutu potrącenia w procesie cywilnym, lecz także jest znana — i to w *stricte* procesowej postaci — również współczesnym germańskim systemom prawnym operującym potrąceniem na mocy oświadczenia woli (fakultatywnym), a wreszcie, iż jej recypowanie — w dość osobliwej, bo niewystępującej w głównych europejskich porządkach prawnych, formie — nastąpiło w polskim prawie procesowym

przez komisję pod kierownictwem P. Catala. Szerzej na temat celów i kształtu reformy zob. F. Chénéde: *Le nouveau droit des obligations et des contrats: consolidations, innovations, perspectives*, Paris 2016, s. 1–7; N. Dissaux, C. Jamin: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: (ordonnance n° 2016–131 du 10 février 2016): commentaire des articles 1100 à 1386–1 du code civil*, Paris 2017, s. IX–XIII. Dla ułatwienia, w dalszej części artykułu przepisy francuskiego kodeksu cywilnego w brzmieniu sprzed 1 października 2016 r. powoływane będą skrótowo jako „d.fr. CC”, zaś przepisy w obowiązującej wersji jako „fr. CC”.

⁴ M. Pyziak-Szafnicka: *Potrącenie...*, *op. cit.*, s. 55.

⁵ Tak m.in. E. Bucher: *Kompensation...*, *op. cit.*, s. 106; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 96.

⁶ Art. 1242 zd. 2 obowiązującego włoskiego Codice Civile z 1942 r. (dalej: wł. CC) stanowi wprost, że sąd nie bierze pod uwagę potrącenia ustawowego z urzędu. Również na gruncie d.wł. CC, pomimo braku analogicznego zastrzeżenia oraz statuowanego wprost w art. 1286 d.wł. CC modelu potrącenia *ipso iure*, w literaturze i orzecznictwie przeważał pogląd o konieczności powołania się na potrącenie w procesie dla uwzględnienia jego skutków. Identycznie rzecz się przedstawia w prawie francuskim: w stanie prawnym sprzed 1 października 2016 r. nauka i judykatura opowiadały się bowiem w zdecydowanej większości za koniecznością zgłoszenia w procesie zarzutu potrącenia, dla uwzględnienia skutków kompensaty dokonywanej z mocy samego prawa; tak m.in. M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen 1998, s. 6, 23–29, 54–55; F. Chénéde: *Le nouveau droit...*, *op. cit.*, s. 341–342, s. 221–222; B. Fages: *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux 2016, s. 433; N. Dissaux, C. Jamin: *Réforme du droit...*, *op. cit.*, s. 220–222. W literaturze polskiej zob. M. Pyziak-Szafnicka: *Potrącenie...*, *op. cit.*, s. 20. Na mocy nowego art. 1347 zd. 2 fr. CC wymóg powołania się przez dłużnika na potrącenie został skodyfikowany, przy czym w piśmiennictwie wskazuje się, że wymagane na gruncie tego przepisu oświadczenie strony zainteresowanej potrąceniem ma charakter li tylko deklaracyjny, a nie konstytutywny, a zatem nominalnie potrącenie działa dalej z mocy samego prawa, zachowując swój dotychczasowy „automatyczny” charakter, przy równoczesnym wyraźnym zadekretowaniu wymogu powołania się na potrącenie w procesie, pod rygorem przyjęcia *implicite* zrzeczenia się skutków potrącenia; zob. F. Chénéde: *Le nouveau droit...*, *op. cit.*, s. 342–342 oraz powołana tam literatura. Podobnie co do faktu dostosowania treści przepisu do uprzedniej praktyki z wyraźnym wszak zastrzeżeniem, że o potrąceniu automatycznym nie może być już mowy; B. Fages: *Droit...*, *op. cit.*, s. 433.

⁷ Zob. art. 1347–1 zd. 1 fr. CC i art. 1243 zd. 1 wł. CC.

cywilnym na podstawie art. 203¹ § 1 k.p.c. dodanego do ustawy procesowej z dniem 7 listopada 2019 r. na mocy ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁸.

Powyższe uzasadnia przy tym twierdzenie, że należywym miejscem dla wymogu płynności wierzytelności jako swoistej korektury niepożądanych skutków wykorzystania materialnoprawnej instytucji potrącenia w procesie cywilnym jest właśnie prawo procesowe cywilne. Usytuowanie tego wymogu na płaszczyźnie prawnoprocesowej wiąże się przy tym z potrzebą przełamania funkcjonującego w świadomości wielu polskich jurystów mitu o kategoriycznej niedopuszczalności ingerencji prawa procesowego w sferę stosunków cywilnoprawnych. Kierunki rozwoju europejskich porządków prawnych, w tym w zakresie harmonizacji zasad europejskiego prawa umów, wskazują bowiem wyraźnie na przeciwną tendencję.

Celem wykazania powyższych tez autor przedstawi pokrótce rzymską genezę przesłanki płynności we współczesnych porządkach prawnych (pkt II), zarys jej funkcjonowania w prawie francuskim i włoskim, a więc jurysdykcjach reprezentatywnych dla modelu romańskiego (pkt III), oraz procesowe instytucje służące realizacji celów przesłanki płynności w typowych germańskich porządkach prawnych, czyli w Niemczech i Austrii (pkt IV). Następnie, kilka uwag poświęconych zostanie również najnowszemu rozwiązaniu funkcjonującym na gruncie nowego holenderskiego kodeksu cywilnego⁹ oraz przyjętych w Zasadach Międzynarodowych Umów Handlowych UNIDROIT¹⁰ i Zasadach Europejskiego Prawa Umów PECL¹¹. Dwa ostatnie wymienione wyżej instrumenty harmonizacji prawa umów falsyfikują przy tym jasno tezę, jakoby wymóg płynności wierzytelności pozostawał w nierozdzielnym związku z modelem potrącenia *ipso iure*, adaptując ową przesłankę wprost do modelu potrącenia na mocy oświadczenia woli.

Ostatnią częścią rozważań, która poprzedzi podsumowanie, będzie wskazanie, w jaki sposób art. 203¹ k.p.c. wprowadzony na mocy nowelizacji k.p.c. z 4 lipca 2019 r. wpisuje się w analizowane w niniejszym artykule zagadnienie.

⁸ Ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1469 ze zm.); dalej: nowelizacja k.p.c. z 4 lipca 2019 r.

⁹ Nieuw Burgerlijk Wetboek der Nederlande z 1992 r. (dalej: NBW). Kodeks ten pod względem przyjętych w nim rozwiązań ma charakter eklektyczny (hybrydalny). W jego ramach prawodawca holenderski w znacznym stopniu odszedł od romańskich korzeni holenderskiego prawa prywatnego, na których oparta była poprzednia kodyfikacja z 1838 r., wzorowana dość ściśle na francuskim Kodeksie Napoleona (który zresztą obowiązywał na terenie Niderlandów, począwszy od 1810 r., aż do 1838 r.). Obowiązujący kodeks jest tworem wyrafinowanym, opartym na pogłębionych badaniach prawno-porównawczych jego twórców (w szczególności E.M. Meijersa), stanowiąc wyraz swobodnego synkretyzmu prawnego, opartego na twórczej adaptacji rozwiązań właściwych dla romańskich i germańskich systemów prawnych wzbogaconych o elementy recypowane z systemu *common-law* oraz prawa europejskiego (Unii Europejskiej); zob. na ten temat m.in. P. Pichonnaz: *The retroactive effect of set-off (compensatio). A journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code*, *The Legal History Review* 2000, nr 4, s. 543 i n.; E.M. Berling: *Die Aufrechnung im internationalen Verfahren vor deutschen Gerichten- im Geltungsbereich der EuGVVO*, Hamburg 2015, s. 33 i n.; R. Zimmermann: *Comparative...*, *op. cit.*, s. 10 i 18–19 oraz powołana tam literatura.

¹⁰ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts w wersji z 2016 r. (dalej: PICC).

¹¹ Principles of European Contract Law (dalej: PECL).

II. GENEZA PRZESŁANKI PŁYNNOŚCI W PROCESIE RZYMSKIM

Sięgnięcie do prawa rzymskiego w ramach badań nad potrąceniem w prawie cywilnym (materialnym i procesowym) jest konieczne z tego względu, że zarówno sama instytucja potrącenia, jak i jej dwie podstawowe materialnoprawne formy ukształtowania we współczesnych europejskich, kontynentalnych systemach prawnych (potrącenie *ex lege* — model romański i potrącenie na mocy oświadczenia woli — model germański) mają swoją genezę w prawie rzymskim epoki postklasycznej (justyniańskim) oraz jego późniejszych interpretacjach. Pomimo istotnych (a *prima vista* wręcz zasadniczych) różnic pomiędzy tymi współczesnymi modelami, pod względem sposobu potrącenia oraz niektórych jego przesłanek, każdy z nich odwołuje się (na poziomie historyczno-prawnym, a w części również dogmatycznym) do swych rzymskich korzeni¹².

W okresie klasycznym i preklasycznym, poza potrąceniem umownym, a więc konsensualnym (*pactum*), potrącenie (*compensatio*) funkcjonowało w prawie rzymskim wyłącznie jako instytucja procesowa¹³. Potrącenie pozaumowne (a więc niewymagające konsensu stron) jako fenomen materialnoprawny, tj. sposób wygaszania zobowiązań poprzez wzajemne zaliczenie długów i wierzytelności przez osoby będące względem siebie jednocześnie wierzycielem i dłużnikiem, w zasadzie nie istniało¹⁴. W określonych przypadkach kompensata mogła zostać natomiast doko-

¹² Zob. na ten temat m.in. R. Zimmermann: *The Law of Obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996, s. 760–761; *idem*: *Die Aufrechnung- Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht* (w:) *Festschrift für Dieter Medicus: Zum 70. Geburtstag*, Köln–Berlin–Bonn–München 1999, s. 713 i n.; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 22 i n.; E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 9 i n. Wiąż pomiędzy prawem rzymskim (nauką prawa rzymskiego) w sensie genetycznym jest bodaj najsilniejsza w wypadku niemieckiego BGB, tworzono pod przemożnym wpływem prawa pandektowego i nieprzypadkowo nazywanego przez historyków prawa oraz przedstawicieli doktryny prawa rzymskiego „najbardziej romanistycznym wśród europejskich kodeksów cywilnych”; tak: T. Giaro (w:) *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, pod red. W. Dajczaka, T. Giary, F. Longchamps de Beriera, Warszawa 2012, s. 111. Szerzej na temat procesu tworzenia BGB oraz jego zakorzenienia w prawie rzymskim zob. R. Zimmermann: *The New German Law of Obligations: historical and comparative perspectives*, Oxford 2005, s. 6 i n.

¹³ W. Litewski: *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1999, s. 262; W. Wołodkiewicz (w:) W. Wołodkiewicz, M. Zablocka: *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2005, s. 274; K. Kolańczyk: *Prawo rzymskie*, Warszawa 2007, s. 457; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 35. Według R. Zimmermanna potrącenie w prawie rzymskim zachowało swój procesowy charakter również w prawie klasycznym i postklasycznym (justyniańskim), o czym świadczy systematyka dzieł Gaiusa i Justyniana, a mianowicie rozważanie kompensaty w Instytucjach Gaiusa oraz Digestach i Instytucjach Justyniana w kontekście skarg (*De actionibus*), a nie wśród innych czynności; zob. R. Zimmermann: *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, s. 761; *idem*: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 24. Tak też w nauce polskiej K. Kolańczyk: *Prawo rzymskie*, *op. cit.*, s. 457 i s. 458; B. Zalewski: *Uwagi na temat 'compensatio' w twórczości wybranych przedstawicieli szkoły glosatorów*, *Zeszyty Prawnicze* 2016, nr 2, s. 62. Stanowisko, jakoby w epoce postklasycznej potrącenie stało się instytucją materialnoprawną, jest więc raczej refleksem interpretacji justyniańskiego *Ipsa Iure Compensatur* przez glosatora Martinusa Gosia jako potrącenia dochodzącego do skutku *ex lege* z chwilą ziszczenia przesłanek, niezależnie od woli stron (a nawet wbrew ich woli), oraz branego przez sędziego pod uwagę w procesie *ex officio*.

¹⁴ W literaturze wskazuje się, że ze względu na duży stopień abstrakcyjności oraz złożoność potrącenia od strony dogmatycznoprawnej, konstrukcja ta w swej rozwiniętej, prawno-materialnej formie, pojawia się na ogół

nana w procesie sądowym po wniesieniu skargi. Aż do okresu postklasycznego (kodyfikacji justyniańskiej) brak było przy tym ogólnego, systemowego uregulowania potrącenia¹⁵. Istniały jedynie poszczególne kazuistyczne przypadki kompensaty (w szczególności w ramach skarg *argentratiusa* oraz *bonorum emptora* opartych na *iudicia stricti iuris* oraz *compensatio ex bonae fidei* w ramach skarg dobrej wiary, a także *exceptio doli*, jako namiastka potrącenia) o niehomogenicznej strukturze i wymogach, które — najogólniej rzecz ujmując — na przestrzeni wieków ulegały stopniowemu uelastycznianiu i poszerzaniu¹⁶.

Współcześnie wskazuje się zresztą na ogół, że również kodyfikacja justyniańska nie wprowadziła spójnego materialnoprawnego ujęcia instytucji potrącenia, które do końca zachowało w prawie rzymskim swój wybitnie procesowy charakter¹⁷, ograniczając jedynie dotychczasową kazuistykę, w tym rozluźniając gorset ograniczeń właściwych dla wcześniejszego *iudicia stricti iuris* oraz procesu formularnego. Wbrew przypisywanej włoskiemu glosatorowi Martinusowi Gosii brzemiennej w skutki (bo przyjętej w napoleońskim Code Civil, a za nim w innych kodyfikacjach romańskich) koncepcji opartej na literalnej wykładni początkowej części tekstu Konstytucji C. 4, 31, 14¹⁸, która dominowała w nauce prawa rzymskiego aż do XIX w.,

w poszczególnych systemach prawnych dopiero na późnym etapie ich historycznego rozwoju; tak m.in. R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 19. We wczesnym prawie rzymskim przeszkodą do ukształtowania się kompensaty jako formy wygaszenia wzajemnych wierzytelności stron bez spełnienia świadczeń odpowiadających treści zobowiązania był wysoki stopień sformalizowania tego prawa, zakładający konieczność nawiązywania i rozwiązywania stosunków prawnych przy zachowaniu ściśle określonych prawem form, wiążących się ze swoistą manifestacją woli wobec adresata oraz innych uczestników obrotu, czego potrącenie *ex lege*, czy nawet na mocy oświadczenia woli, w dostatecznym stopniu nie zapewniało; tak m.in. H. Dernburg: *Geschichte un Theorie der Compensation*, Heidelberg 1868, s. 19 i n. Powyższe nie oznacza jednak w żadnym razie, jakoby samo pojęcie potrącenia (kompensaty) miało być obce rzymskiemu prawu. Współcześnie ogólne pojęcie (syntetyczną definicję) kompensaty jako wzajemnego zaliczenia wierzytelności i długów (*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*) przypisuje się żyjącemu w III w. n.e. juryście Modestinusowi (Modestynowi); tak m.in. K. Kolańczyk: *Prawo rzymskie*, *op. cit.*, s. 456; W. Dajczak (w.): *Prawo rzymskie...*, *op. cit.*, s. 446; B. Zalewski: *Uwagi na temat 'compensatio'...*, *op. cit.*, s. 72.

¹⁵ A.M. Fleckner, z pewnym przekąsem, wskazuje, że — wbrew panującemu dość powszechnie pogładowi — cesarz Justynian Wielki (zasługujący według autora bardziej na sławę władcy umiającego zadbać o swój wizerunek niż równie wybitnego legislatora) nie wprowadził spójnego materialnoprawnego ujęcia instytucji potrącenia, które do końca zachowało w prawie rzymskim swój wybitnie procesowy charakter, a zarazem mocno kazuistyczny i wysoce niedoskonały kształt; A.M. Fleckner (w.): *Commentaries on European Contract Law*, eds. N. Jansen, R. Zimmermann, Oxford 2018, s. 1758. O ile zatem Justynian Wielki niewątpliwie dokonał reformy instytucji potrącenia w prawie rzymskim, zasadnicze wątpliwości nauki budzi zakres tej reformy, jej faktyczne znaczenie i rzeczywiste nowatorstwo; zob. także B. Zalewski: *Uwagi na temat 'compensatio'...*, *op. cit.*, s. 64 i powołana tam literatura.

¹⁶ Na temat rozwoju potrącenia w prawie rzymskim zamiast wielu w literaturze polskiej zob. W. Osuchowski: *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim*, Kraków 1970. W literaturze obcej zob. zwłaszcza: H. Dernburg: *Geschichte un Theorie...*, *op. cit.*, *passim*; Ch. Appellon: *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris 1895; B. Biondi: *La compensazione nel diritto romano*, Corinna 1927; S. Solazzi: *La compensazione nel diritto romano*, Napoli 1950.

¹⁷ Tak w szczególności A.M. Fleckner, według którego prawo rzymskie (również epoki justyniańskiej) nie wypracowało spójnej, generalnej koncepcji instytucji potrącenia jako fenomenu z obszaru prawa materialnego; zob. A.M. Fleckner (w.): *Commentaries...*, *op. cit.*, s. 1758–1759.

¹⁸ C. 4, 31, 14: „Zarządzamy, że potrącenie wszelkich roszczeń, bez względu na rodzaj skargi — *in rem* czy *in personam* — następowało będzie z mocy prawa” (*Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus*)

potrącenie w dalszym ciągu nie dokonywało się *ipso iure* (*sine facto hominis*), poza procesem, lecz pozostawało środkiem obrony pozwanego (*Reus*) w procesie przed roszczeniem powoda (*Actor*) dochodzącego przeciwko pozwanemu wierzytelności podlegającej skompensowaniu (spełniająca przesłanki potrącalności) z wierzytelnością wzajemną pozwanego¹⁹.

Realną nowością kodyfikacji justyniańskiej było zatem dopuszczenie kompensaty wzajemnych długów i wierzytelności stron we wszystkich skargach *in rem* i *in personam* (*Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri*), z wyłączeniem skargi o zwrot przedmiotu depozytu²⁰, z zastrzeżeniem wymogu jednorodzajowości, wymagalności oraz płynności wierzytelności. W ramach tej regulacji zrezygnowano również ze znanego przy *compensatio ex bona fide* wymogu wynikania wzajemnych wierzytelności stron z tego samego stosunku prawnego (*ex eadem causa*). Kodyfikacja ta potwierdziła (sformułowany już w Instytucjach Gaiusa) generalny wymóg jednorodzajowości potrącanych wierzytelności, wynikający z rezygnacji w procesie postklasycznym z zasady *omnis condemnatio pecuniaria*. Istotną zmianą (raczej potwierdzającą istniejącą już praktykę i skodyfikowaną niż wprowadzoną *de novo*) było również odstępianie od dychotomii rozstrzygnięć w procesie cywilnym, a więc możliwość uwzględnienia żądania w części. W konsekwencji, w wypadku dokonania kompensaty wierzytelności wzajemnej pozwanego z wierzytelnością powoda objętą skargą, możliwe było zasądzenie odpowiedniego salda. Konsekwencją *pluris*

nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda) (własne tłumaczenie na język polski za tłumaczeniem angielskim zob. *The Codex of Justinian: a new annotated translation with parallel Latin and Greek text*. [Vol. 2, Books IV–VII], ed. B.W. Frier, Cambridge 2016, s. 941).

¹⁹ Pogląd uzależniający skuteczność potrącenia od powołania się na nie przez jedną ze stron w postępowaniu, a więc działanie potrącenia *ope exceptionis*, przypisuje się tradycyjnie glosatorowi Azo Porciusowi i jego mistrzowi J. Bassianusowi; zob. m.in. H. Dernburg: *Gechichte...*, *op. cit.*, s. 282 i n.; M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 6; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 31–33; W. Dajczak (w:) *Prawo rzymskie...*, *op. cit.*, s. 446; R. Zimmermann: *The law of obligations...*, *op. cit.*, s. 760 i 767. Zob. jednak uwagi P. Pichonnaza, którego zdaniem stanowisko glosatora Azo nie odbiegało drastycznie od wypowiedzi glosatora Martinusa. Według tego autora, Azo uznawał, że potrącenie dochodzi do skutku z mocy samego prawa, a jedynie jego uwzględnienie przez sąd w procesie wymaga powołania się na potrącenie przez pozwanego. Oświadczenie o potrąceniu złożone przed sądem samo w sobie nie wywołuje zatem skutków materialnoprawnych (nie ma waloru konstytutywnego) — jest ono jednak istotne z punktu widzenia skutecznego wprowadzenia potrącenia do materiału procesowego; zob. P. Pichonnaz: *The retroactive effect...*, *op. cit.*, s. 547–548. Takie ujęcie problemu odpowiadałoby w zasadzie praktyce przyjmowanej do dzisiaj w prawie francuskim, gdzie niezależnie od konstrukcji potrącenia *ex lege*, w razie procesu konieczne jest powołanie się na potrącenie przez pozwanego, wyrażające wolę skorzystania z jego skutków (*manifestation de volonte*). Według P. Pichonnaza utarty współcześnie sposób rozumienia wypowiedzi glosatora Azo stanowi efekt ich twórczej interpretacji przez niemieckich pandektystów drugiej połowy XIX w. (głównie H. Dernburg i B. Windscheid), dla potrzeb uzasadnienia przyjętej przez nich koncepcji potrącenia na mocy konstytutywnego oświadczenia woli (*ope exceptionis*); *ibidem*, s. 554. Być może jednak powyższy dwugłos w sprawie stanowiska glosatora Azo wynika z przypisania mu w ogólnym dyskursie stanowiska swego mistrza J. Basianusa, który jako uczeń Bulgarusa stawał swe poglądy w bardziej zdecydowanej kontrze do Martinusa Gosii; tak zdaje się B. Zalewski: *Uwagi na temat 'compensatio'...*, *op. cit.*, s. 73 i n.

²⁰ Ograniczenie to w pewnym sensie nawiązywało zatem do genezy kompensacji, która rozwinęła się w ramach *iudicia bonae fidei*, rozszerzając na *iudicia stricti iuris* poprzez *exceptio doli* w zasadach słuszności oraz ochronie dobrej wiary. Powyższe aksjologiczne zakorzenienie instytucji potrącenia w zasadach słuszności oraz dobrej wiary zachowuje aktualność do dzisiaj i jest szczególnie podkreślane w literaturze niemieckiej (niem. *Treu und Glauben*); E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 9 i n.

petitio przestało być zatem oddalenie skargi w całości, bez względu na różnicę w wartości wzajemnych wierzytelności stron²¹.

Kluczowym elementem kompensaty w kodyfikacji justyniańskiej było wreszcie wprowadzenie *explicite* wymogu płynności wierzytelności, której usankcjonowanie traktuje się jako drugie obok generalnego przyzwolenia na potrącenie we wszystkich skargach, z wyjątkiem akcji deponenta o zwrot przedmiotu depozytu najistotniejsze *novum* wprowadzone na mocy kodyfikacji justyniańskiej²².

W świetle Kodeksu Justyniana płynność — odnoszona wprost do wierzytelności pozwanego — rozumiana była podobnie jak współcześnie w romańskich porządkach prawnych²³ — jako możliwość ustalenia wierzytelności co do zasady i co do wysokości bez znacznych trudności oraz zwłoki dla rozstrzygnięcia o żądaniu powoda²⁴. Wierzytelność przedstawiona do potrącenia była zatem płynna (*liquida*),

²¹ Jak wskazuje R. Zimmermann, sankcją za żądanie więcej, niż się należy, stało się obciążanie powoda, który żądał więcej, niż mu się należało (a więc nie uwzględniając skutków zaistniałej kompensaty), obowiązkiem zwrotu kosztów poniesionych przez pozwanego w potrójnej wysokości (*in triplum restituat damnum, quod ipsius culpa adversario contigit*); zob. R. Zimmermann: *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, s. 766.

²² Tak zwłaszcza: P. Pichonnaz: *The retroactive effect...*, *op. cit.*, s. 546; W. Osuchowski: *Historyczny rozwój...*, *op. cit.*, s. 232. Zob. także B. Zalewski: *Uwagi na temat 'compensatio'...*, *op. cit.*, s. 68 oraz powołaną przez tego autora literaturę obcą. Według M.N. Kannengiessera oraz wskazanych przez niego autorów pierwocin przesłanki płynności wierzytelności skodyfikowanej następnie przez cesarza Justyniana należy doszukiwać się w regulach rządzących procesem *iudicia bona fidei*. W tych bowiem sprawach, w sytuacjach, w których z tego samego stosunku prawnego (*ex eadem causa*) wynikały wzajemne wierzytelności stron, a więc osoba wnosząca skargę była zarazem dłużnikiem pozwanego, sędzia mógł (*ope exceptionis*, a więc na podstawie zarzutu podniesionego przez pozwanego) uwzględnić wierzytelność wzajemną wynikającą z tego samego stosunku prawnego, dokonując kompensaty i zasądzając na rzecz powoda stosowną różnicę pomiędzy przeciwstawnymi wierzytelnościami. Dopuszczalność (a nawet potrzeba) dokonania kompensaty i zasądzenia na rzecz skarżącego salda wzajemnych należności wynikających z tego samego stosunku prawnego wynikała *de facto* z samej idei orzekania o żądaniu wnoszącego skargę *ex bonae fide*, a więc zasądzenia tego, co wnoszącemu skargę w okolicznościach danej sprawy (a więc przy uwzględnieniu wzajemnych zobowiązań stron) słusznie się należy. Dochodzenie w procesie czegoś, co i tak trzeba będzie zwrócić, traktowano jako działanie nierzetelne (*dolus malus*), a więc niezaskługujące na ochronę w ramach skarg dobrej wiary (*dolo petit (agit) qui petit (agit) quod (statim) redditurus est*). Co przy tym istotne, decyzja sędziego o dokonaniu kompensaty miała czysto dyskrejonalny charakter, zaś sędzia kierował się w tym zakresie względami dobrej wiary oraz regułami słuszności. W sytuacji, w której wierzytelność powoda była bezsporna lub łatwa do ustalenia, zaś ustalenie wierzytelności wzajemnej pozwanego nastręczało trudności, grożąc znaczącym przedłużeniem postępowania, sędzia mógł odmówić potrącenia. Rozpoznawanie przez sędziego zarzutu kompensaty sprzeciwiałoby się bowiem zasadom dobrej wiary, gdyby wskutek twierdzenia o potrąceniu pozwany mógł uzyskać znaczne odroczenie zapłaty; zob. M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 4 oraz powołana przez tego autora literatura. Według A.M. Flecknera regulacja wymogu płynności w Kodeksie Justyniana jest raczej potwierdzeniem istniejącej wcześniej praktyki niż zupełnie nowym rozwiązaniem; A.M. Fleckner (w:) *Commentaries...*, *op. cit.*, s. 1787. Ogólnie co do kompensaty w ramach *iudicia bona fidei* zob. W. Osuchowski: *Rzymskie korzenie...*, *op. cit.*, s. 224 i n.; W. Litewski: *Rzymskie...*, *op. cit.*, s. 262; W. Wołodkiewicz (w:) W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka: *Prawo rzymskie...*, *op. cit.*, s. 274; K. Kolańczyk: *Prawo rzymskie, op. cit.*, s. 457; W. Dajczak (w:) *Prawo rzymskie...*, *op. cit.*, s. 445. W literaturze obcej zob. m.in. R. Zimmermann: *The Law of Obligations...*, *op. cit.*, s. 764–765; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 26–27; A.M. Fleckner (w:) *Commentaries...*, *op. cit.*, s. 1758.

²³ Zob. na ten temat pkt III poniżej.

²⁴ C. 4, 31, 14, 1: „Zarządzamy, aby żądanie kompensaty było możliwe tylko wówczas, gdy wierzytelność zgłoszona do potrącenia jest płynna oraz wolna od większych trudności w ustaleniu, pozwalając na szybkie i łatwe rozstrzygnięcie sprawy przez sędziego” (*Ita tamen compensationes obici iubemus, si cause ex qua compensatur liquida si et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare* — tłumaczenie własne w oparciu o: *The Codex of Justinian...*, *op. cit.*, s. 941). W myśl I.4.6.30, cytowana Konstytucja 4.31.14 szerzej

wówczas gdy była możliwa do bezzwłocznego wykazania w ramach procesu, a więc bez jego istotnego przedłużenia (opóźnienia wydania wyroku). Byłoby bowiem niesprawiedliwe dopuszczenie do przedłużenia procesu przez badanie kompensaty wierzytelności wymagających długotrwałego rozpoznania, w sytuacji, w której wierzytelność powoda została już przez sędziego w sposób niebudzący wątpliwości ustalona (a więc stała się płynna w wyniku przeprowadzenia procesu). W takim wypadku sędzia winien był odmówić uwzględnienia kompensaty, przy czym pozwany zachowywał możliwość dochodzenia swojej wierzytelności wzajemnej (nieskutecznie zgłoszonej do potrącenia) za pomocą odrębnej skargi przeciwko powodowi²⁵.

Jak zatem widać, problem nadużycia instytucji potrącenia przez pozwanego dłużnika celem odłożenia w czasie niekorzystnego rozstrzygnięcia znany był doskonale (a zapewne sporo wcześniej) już w postklasycznym prawie rzymskim, przy czym — jak zostanie wykazane w dalszej części artykułu — wprowadzony w prawie rzymskim za czasów cesarza Justyniana Wielkiego ogólny wymóg, by wierzytelność przedstawiona do potrącenia była płynna, jako przesłanka potrącenia jest do dzisiaj podstawowym mechanizmem zapobieżenia tym nadużyciom. Co przy tym istotne, niezależnie od tego, jak należy rozumieć mechanizm potrącenia (*ipso iure*, na mocy oświadczenia woli strony, czy na mocy orzeczenia sądu) — a w szczególności jak rozumieli go rzymscy juryści epoki justyniańskiej (czego — zakładając brak odkrycia nieznanych dotąd źródeł lub wynalezenia „wehikułu czasu” — nigdy się już nie dowiemy) — uwzględnienie kompensaty w wyroku bez wątpienia uzależnione było od oceny sędziego w wymienionym wyżej zakresie²⁶. W sensie funkcjonalnym, w prawie rzymskim, wymóg płynności był zatem niewątpliwie procesowym instrumentem służącym zapewnieniu sprawności postępowania, którego stosowanie leżało w gestii sędziego (*officium iudicis*)²⁷.

uregulowała te przypadki potrącenia, które opierają się na niepozostawiających wątpliwości uprawnieniach (*nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit*).

²⁵ C. 4, 31, 14, 1: „Jest bowiem godnym ubolewania, gdy po długim i skomplikowanym procesie ustalającym zasadność żądania powoda, w obliczu wydania wyroku zasądzającego, pozwany zgłasza żądanie kompensaty z ustaloną już i niebudzącą wątpliwości wierzytelnością powoda, niweczając tym samym słuszną nadzieję powoda na rychłe wydanie wyroku uwzględniającego powództwo. Przez wzgląd na powyższe sędzia winien baczyć, by nie dopuszczać pochopnie do potrącenia, lecz raczej, jeżeli uzna, że rozstrzygnięcie o potrąceniu wymagałoby czasochłonnego badania, w sposób surowy stosować prawo (zapewnić jego ścisłe stosowanie), rozstrzygając o żądaniu powoda w ostatecznym wyroku, z zastrzeżeniem uprawnienia pozwanego do dochodzenia jego praw w osobnym postępowaniu” (*Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratriis ambagibus spem condemnationis exclude. Hoc itaque iudices observant et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententiali terminali component* — tłumaczenie na język polski własne w oparciu o: *The Codex of Justinian...*, *op. cit.*, s. 941–942).

²⁶ C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 34.

²⁷ Zob. m.in. H. Dernburg: *Geschichte und Theorie...*, *op. cit.*, s. 554 i n.; G. Kegel: *Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität rechtsvergleichend dargestellt*, Berlin–Leipzig 1938, s. 158 i n.; R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 53–54; A.M. Fleckner (w.) *Commentaries...*, *op. cit.*, s. 1787–1788.

III. PRZESŁANKA PŁYNNOCI WE WSPÓŁCZESNYCH ROMAŃSKICH PORZĄDKACH PRAWNYCH

1. FRANCJA

Zarówno w stanie prawnym sprzed 1 października 2016 r. (art. 1291 ust. 1 s.fr. CC), jak i *legis latae* (art. 1347–1 ust. 1 n.fr. CC) płynność wierzytelności (*liquidité*) stanowi jedną z materialnoprawnych przesłanek potrącenia ustawowego (*compensation légale*) jako podstawowej formy kompensaty w prawie francuskim²⁸. Wierzytelności uznaje się za płynne wówczas, gdy są ustalone (pewne, bezsporne, niewątpliwe)²⁹ zarówno co do zasady (w tym podstawy prawnej), jak i co do wysokości, względnie — w wypadku ich spornego pomiędzy stronami charakteru — łatwe do szybkiego udowodnienia, bez potrzeby przeprowadzania skomplikowanego postępowania dowodowego³⁰. Gołosłowne zakwestionowanie wierzytelności przez jej dłużnika (a więc jego subiektywnie sporny charakter) samo w sobie nie pozbawia zatem wierzytelności znamienia płynności³¹. Przesłanka płynności postrzegana jest bowiem jako środek pozwalający na zapobieżenie przedłużeniu postępowania przez pozwanego poprzez twierdzenie o potrąceniu jego dyskusyjnej wierzytelności z niewątpliwie należną wierzytelnością powoda³².

Powyższy sposób rozumienia przesłanki płynności nie jest zatem oparty na żadnych ścisłych i jednoznacznych kryteriach, wymagając dokonywania oceny *in concreto*, na zasadzie *a casu ad casum*. W wypadku wytoczenia powództwa przez jednego z wzajemnych wierzycieli oraz powołania się przez pozwanego na potrącenie (podniesienia zarzutu potrącenia), ocena spełnienia przesłanki płynności należy do sądu, przy czym jej charakter pozostawia w tym zakresie znaczne pole uznaniowości³³.

²⁸ Pozostałe przesłanki to wzajemność (*la réciprocité*), jednorodność/zamiennosc (*fongibilité*), zaskarżalność i wymagalność (*l'exigibilité*).

²⁹ Fr. *Créance certaine et liquide*.

³⁰ Zob. m.in. W. Eickhoff: *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage*, Berlin 1985, s. 37; M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 52–53; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 48; E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 92 oraz powołaną przez tych autorów literaturę i orzecznictwo. Tak też w polskiej przedwojennej doktrynie (za przytaczaną literaturą obcą) A. Weber, wskazując, że przez płynność (likwidalność) roszczenia należy rozumieć „[...] jej niesporność między stronami lub przynajmniej niemożność poważnego i rozsądnego kwestionowania, tak iż dowód istnienia długu i jego wysokości jest łatwy i szybki”; zob. A. Weber: *Likwidalność wzajemnego roszczenia jako warunek procesowego zarzutu potrącenia*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1935, nr 9, s. 131.

³¹ Zob. m.in. W. Eickhoff: *Inländische Gerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, s. 37; M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 52–53; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 48; E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 92 oraz powołaną przez tych autorów literaturę i orzecznictwo.

³² Zob. C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 48–49 i powołaną tam literaturę francuską. Autorka słusznie zwraca uwagę, że materialnoprawny charakter przesłanki płynności jest trudny do pogodzenia z jej procesową funkcją. Konsekwentne uznawanie płynności wierzytelności za przesłankę materialnoprawną potrącenia *ex lege* oznaczałoby bowiem wymaganie jej istnienia w stosunku do obu wierzytelności już w chwili, w której potrącenie następuje. Tymczasem w praktyce wymóg płynności wierzytelności pozwanego badany jest na chwilę powołania się przez pozwanego na potrącenie w procesie; *ibidem*, s. 50.

³³ Tak m.in. R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 53 i powołana przez tego autora literatura. Autor ten wskazuje wręcz na swoiste rozmycie znaczenia tej przesłanki w praktyce sądowej. Jak stwierdza

Niezależnie od powyższego, orzecznictwo i doktryny wypracowały wiele odstępstw od wymienionego wyżej wymogu, pozwalających na skuteczną kompensatę pomimo braku spełnienia przesłanki płynności, przy czym część z nich — po zmianach wprowadzonych z dniem 1 października 2016 r. — została skodyfikowana lub na płaszczyźnie materialnoprawnej uszczegółowiona.

Po pierwsze, w judykaturze i doktrynie wskazuje się na możliwość potrącenia fakultatywnego (*compensation facultative*) o charakterze dobrowolnym³⁴. W wypadku braku ziszczenia się niektórych przesłanek potrącalności dla jednej z wzajemnych wierzytelności stron (chodzi w szczególności o płynność, zaskarżalność i wymagalności oraz zakazy potrącenia), których istnienie służy ochronie dłużnika, może on zrezygnować z owej ochrony (zrzec się danej przesłanki), wyrażając zgodę na potrącenie pomimo ich niespełnienia. Potrącenie to dochodzi jednak do skutku dopiero na mocy oświadczenia o zrzeczeniu z mocą *ex nunc* od chwili rezygnacji z określonej przesłanki.

Po drugie, w wypadku niespełnienia przesłanki płynności lub wymagalności, a zarazem braku zrzeczenia się przez powoda wynikającej z tego faktu ochrony, zgodnie z art. 70 ust. 2 francuskiego kodeksu postępowania cywilnego³⁵, pozwany może żądać potrącenia (*demande en compensation*) w trybie powództwa wzajemnego (*demande reconventionnelle*) na mocy orzeczenia sądu, przy czym owo potrącenie sądowe (*compensation judiciaire*) co do zasady wywołuje skutki wyłącznie *ex nunc*³⁶. Potrącenie to dokonywane jest bowiem w ramach konstytutywnego orzeczenia sądu³⁷.

natomiast A.M. Fleckner, podejście francuskich sądów do kwestii płynności wierzytelności jest znacznie bardziej elastyczne i liberalne, niż sugerowałoby to brzmienie przepisów statuujących ów wymóg jako obligatoryjną, materialnoprawną przesłankę potrącenia ustawowego; A.M. Fleckner (w): *Commentaries...*, *op. cit.*, s. 1788.

³⁴ M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 56; M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 32–33.

³⁵ Code de Procédure Civile z 6 lipca 1989 r. (dalej: *fr. CPC*).

³⁶ Zob. m.in. M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 55–56; R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 53; A. Okońska: *Die Widerklage im Zivilprozessrecht der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten*, Tübingen 2015, s. 233; M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 91–92; A. Weber: *Likwidalność...*, *op. cit.*, s. 131. Jak wskazuje jednak C. Fountoulakis, kwestia temporalnych skutków potrącenia sądowego budzi wątpliwości. Poza dominującym w piśmiennictwie poglądem o jej skuteczności wyłącznie *pro futuro*, wyrażane było również stanowisko cofające wymienione wyżej skutki do momentu zgłoszenia żądania potrącenia przed sądem, a nawet (jak przy potrąceniu sądowym) uznające skuteczność potrącenia z mocą *ex tunc*, od chwili, w której w wypadku płynności wierzytelności pozwanego nastąpiłoby potrącenie ustawowe; zob. C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 57–58; M. Pyziak-Szafnicka: *Potrącenie...*, *op. cit.*, s. 19–29; A. Okońska: *Die Widerklage...*, *op. cit.*, s. 233 oraz powołaną przez te autorki literaturę francuską. Wedle części doktryny skutek *ex tunc* przy potrąceniu sądowym zastrzeżony jest dla przypadków wierzytelności wynikających z tego samego stosunku prawnego. Kompensata ta ma bowiem charakter obligatoryjny (nie jest zależna od uznania sądu) i pod względem swojego charakteru zbliża się do potrącenia *ipso iure*, potwierdzonego li tylko przez sąd; zob. R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 53 oraz powołaną tam literaturę. Zob. także na ten temat w kolejnych przypisach.

³⁷ Tak powołana w poprzednim przypisie literatura. W piśmiennictwie tłumaczy się jednak, że w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego dochodzi do ustalenia wierzytelności wzajemnej pozwanego przedstawionej do potrącenia (jej „upłynnienia”), w powództwie wzajemnym, a więc przesłanka płynności zostaje finalnie spełniona, co pozwala na urzeczywistnienie potrącenia automatycznego, stwierdzonego wyrokiem sądu; tak m.in. M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 55–56; A. Weber: *Likwidalność...*, *op. cit.*, s. 131; M. Pyziak-Szafnicka: *Potrącenie...*, *op. cit.*, s. 20–21 oraz powołana tam literatura. Jak zatem widać, stanowisko

Co więcej, poza przypadkiem uznania, że wzajemne wierzytelności stron pozostają ze sobą w prawnie relewantnym (wystarczająco ścisłym) związku (*connexité*), dokonanie potrącenia sądowego uzależnione jest od oceny sądu³⁸. Zgodnie bowiem z art. 70 ust. 2 fr. CPC sąd może odmówić przeprowadzenia kompensaty, rozdzielając sprawy z powództwa głównego i powództwa wzajemnego do osobnego rozpoznania, jeżeli wzajemne wierzytelności stron nie pozostają w dostatecznie ścisłym związku (*lien suffisant*), zaś rozstrzygnięcie o powództwie wzajemnym mogłoby nadmiernie opóźnić wydanie wyroku. Wynikająca z art. 70 zd. 1 i 2 fr. CPC obligatoryjność potrącenia sądowego wierzytelności pozostających w związku jest przy tym względna, jeśli wziąć pod uwagę nieostrość tego niezdefiniowanego wyrażenie w ustawie pojęcia oraz uzależnienie decyzji o przeprowadzeniu kompensaty lub rozdzieleniu spraw do osobnego rozpoznania od oceny sądu³⁹.

Powyższa praktyka powołująca do życia pozakodeksową (z punktu widzenia prawa materialnego) postać potrącenia sądowego została usankcjonowana w prawie cywilnym materialnym na mocy wzmiankowanego na wstępie artykułu rozporządzenia z dnia 10 lutego 2016 r.⁴⁰ Zgodnie bowiem z art. 1348 n.fr. CC sąd może dokonać potrącenia, jeżeli jedna z wierzytelności nie jest jeszcze w pełni płynna lub wymagalna (zdanie pierwsze), przy czym w wypadku braku odmiennego rozstrzygnięcia sądu potrącenie to dochodzi do skutku od chwili wydania przez sąd wyroku (zdanie drugie). W myśl natomiast art. 1348–1 zdanie pierwsze n.fr. CC sąd nie może odmó-

o konstytutywnym walorze wyroku orzekającego o potrąceniu sądowym może budzić poważne wątpliwości, zaś (co słusznie zauważa M. Pyziak-Szafnicka) granica pomiędzy potrąceniem automatycznym a potrąceniem sądowym ulega pewnemu zatarciu, skoro to pierwsze również wymaga powołania się nań w procesie oraz udowodnienia przez powoda jego podstaw.

³⁸ W piśmiennictwie wskazuje się, że o przeprowadzeniu przez sąd kompensaty lub oddzielnym rozstrzygnięciu o przeciwnych roszczeniach stron winny decydować względy słuszności i celowości; zob. M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 55–56; A. Okońska: *Die Widerklage...*, *op. cit.*, s. 234 oraz powołana tam literatura.

³⁹ W orzecznictwie i literaturze przyjmuje się, że co do zasady chodzi o wierzytelności wynikające z tego samego stosunku prawnego (w szczególności tej samej umowy) względnie umów powiązanych gospodarczo, a także innych zdarzeń ściśle ze sobą związanych, np. wierzytelność *ex delicto* potrącana z wierzytelnością *ex contractu*, w sytuacji, w której czyn niedozwolony został popełniony przy okazji realizacji określonej umowy. Równocześnie jednak zauważa się, że w praktyce poza względnie jednoznacznymi przypadkami (wierzytelności z tego samego kontraktu) uznanie spełnienia tej przesłanki w praktyce sądu powiązane jest często z ocenami dokonywanymi na płaszczyźnie aksjologicznej (względnie słuszności) oraz prakseologicznej (racje pragmatyczne czy wręcz oportunistyczne); zob. M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 53–54. Ponadto wskazuje się, że w praktyce orzeczniczej, niezależnie od konstrukcji potrącenia sądowego wskutek zgłoszenia żądania potrącenia w powództwie wzajemnym, silny związek pomiędzy wierzytelnościami bywa traktowany często jako swoisty surogat przesłanki płynności lub wymagalności wierzytelności. Innymi słowy, ze względu na tego rodzaju więź pomiędzy wzajemnymi wierzytelnościami sąd uznawał dojdzie do skutku potrącenia ustawowego (a więc z chwilą, w której wierzytelności stron „stanęły naprzeciw siebie”, a nie *ex nunc* od momentu dokonania przez sąd kompensaty sądowej), pomimo braku jednej z przesłanek, o których mowa w art. 1291 ust. 1 d.fr. CPC; *ibidem*, s. 53–54; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 48–49, 54–55. W piśmiennictwie polskim zob. M. Pyziak-Szafnicka: *Potrącenie...*, *op. cit.*, s. 18–20 i powołana przez autorkę literatura obca.

⁴⁰ Zob na ten temat: F. Chénéde: *Le nouveau droit...*, *op. cit.*, s. 344–346; B. Fages: *Droit...*, *op. cit.*, s. 435–436; N. Dissaux, C. Jamin: *Réforme du droit...*, *op. cit.*, s. 222–223; G. Chantepie, M. Latina: *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris 2016, s. 859–875; C. Renault-Brahinsky: *Le nouveau droit des contrats*, Paris 2016, s. 70–71.

wić dokonania potrącenia wierzytelności pozostających w adekwatnym związku tylko z tego powodu, że jedna z nich jest niepłynna lub niewymagalna. Zgodnie ze zdaniem drugim tego artykułu, w takim wypadku uznaje się, że potrącenie doszło do skutku w dacie, w której pierwsza z wierzytelności stron stała się wymagalna.

2. WŁOCHY

W przeciwieństwie do prawa francuskiego sprzed reformy, która weszła w życie 1 października 2016 r., obowiązujący włoski kodeks cywilny⁴¹ reguluje wprost trzy formy potrącenia zaczerpnięte z jurysprudencki francuskiej, a więc potrącenie ustawowe (*compensazione legale* — art. 1243 ust. 1 wł. CC), potrącenie sądowe (*compensazione giudiziale* — art. 1243 ust. 2 wł. CC) i potrącenie dobrowolne (*compensazione volontaria* — art. 1252 wł. CC).

Podobnie przy tym jak na gruncie prawa francuskiego, zgodnie z art. 1243 ust. 1 wł. CC, płynność wierzytelności (*liquidità*) stanowi materialnoprawną przesłankę potrącenia. Płynność tę — podobnie jak w prawie francuskim, niezdefiniowaną w ustawie — orzecznictwo i doktryna tłumaczą jako pewność (*certezza*) co do istnienia wierzytelności jako takiej, osoby wierzyciela i dłużnika, jak i jej dokładnej wysokości (*certus an (quid, quale) et quantum debeatur*)⁴². Wierzytelność uznawana jest bezdyskusyjnie za płynną w wypadku jej bezsporności pomiędzy stronami względnie stwierdzenia w prawomocnym wyroku korzystającym z przymiotu powagi rzeczy osądzonej. Płynności wierzytelności nie wyklucza również konieczność przeprowadzenia przez sąd działań arytmetycznych zmierzających do dokładnego ustalenia wysokości wierzytelności, jeżeli dane niezbędne do wykonania tych kalkulacji są pomiędzy stronami bezsporne lub ustalone⁴³.

Rozbieżność poglądów doktryny i judykatury wywołuje natomiast przypadek wierzytelności spornych, niestwierdzonych aktem korzystającym z powagi rzeczy osądzonej. Zgodnie z jednym stanowiskiem sporność wierzytelności automatycznie wyklucza jej płynność⁴⁴. Wierzytelność płynna to wierzytelność bezsporna. Zwolennicy tego poglądu odwołują się w tym zakresie do funkcji zaspokojenia potrącenia (kompensata ujmowana jako surogat zapłaty): dłużnik, który swego długu nie uznaje, nie jest skłonny dobrowolnie zaspokoić kwestionowanej przez siebie wierzytelności. Ponadto wskazuje się, że spór co do prawa stoi w sprzeczności z mechanizmem potrącenia ustawowego, skoro to sąd musi ów spór rozsądzić, a więc dokonać ustalenia spornych wierzytelności.

⁴¹ Codice Civile z 1942 r. (dalej: wł. CC).

⁴² Zob. M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 14 oraz powołane tam włoska literatura i orzecznictwo, a także E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 97–98.

⁴³ M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 14 i 42; E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 98.

⁴⁴ M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 14; E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 98.

Za takim wąskim (rygorystycznym) rozumieniem pojęcia płynności w prawie włoskim zdaje się przemawiać również brzmienie art. 1243 ust. 2 wł. CC, regulującego potrącenie sądowe. Zgodnie bowiem z tym przepisem, jeżeli wierzytelność przedstawiona do potrącenia nie jest płynna, jednakże nadaje się do łatwego i szybkiego ustalenia (*non e' liquido ma e' di facile e pronta liquidazione*), na żądanie (zarzut) pozwanego (*eccezione riconvenzionale*), sąd może dokonać kompensaty w zakresie, w jakim uzna wierzytelność wzajemną za ustaloną, jak również może wstrzymać zasądzenie świadczenia na rzecz powoda (zawieszając w tym zakresie postępowanie) do czasu rozstrzygnięcia o wierzytelności wzajemnej pozwanego. Przesłanką potrącenia sądowego jest zatem brak ziszczenia przesłanki płynności wierzytelności wzajemnej zgłoszonej przez pozwanego, przy równoczesnym spełnieniu pozostałych materialnoprawnych wymogów potrącenia⁴⁵. Uznaje się przy tym, że potrącenie sądowe — będące co do zasady środkiem obrony pozwanego w procesie⁴⁶ — jest możliwe wówczas, gdy ustalenie spornej wierzytelności nie nastęrczy dużych trudności, nie będzie wymagało znacznej ilości czynności dowodowych, a w konsekwencji nie spowoduje istotnego opóźnienia w zakresie rozstrzygnięcia o wierzytelności objętej roszczeniem pozwu⁴⁷. Ponadto wskazuje się, że sąd nie jest obowiązany dokonać potrącenia sądowego (odmawiając kompensaty, winien jednak wskazać motywy takiego rozstrzygnięcia w uzasadnieniu). W takim wypadku pozwany zachowuje możliwość dochodzenia wierzytelności wzajemnej zgłoszonej do potrącenia w osobnym procesie. Jeżeli pozwany chce „wymusić” na sądzie rozstrzygnięcie o jego wierzytelności wzajemnej w tym samym postępowaniu, musi on skorzystać z konstrukcji powództwa

⁴⁵ Zob. M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 42. Jak wskazuje autor, część literatury i orzecznictwa dopuszcza potrącenie sądowe w wypadku braku spełnienia przesłanki jednorodności (*omogeneità*), w sytuacjach gdy jedna ze stron dochodzi wierzytelności pieniężnej, a przeciwna zgłasza do potrącenia wierzytelność niepieniężną opiewającą na świadczenie podlegające łatwej i szybkiej konwersji na świadczenie wyrażone w pieniądzu.

⁴⁶ Powołanie się przez pozwanego w procesie na potrącenie celem uzyskania oddalenia powództwa (*eccezione riconvenzionale*) kwalifikowane jest w nauce włoskiej jako środek obrony pozwanego usytuowany pomiędzy czystym zarzutem procesowym a czystym powództwem wzajemnym (*domanda riconvenzionale*). W przeciwieństwie do zwykłego zarzutu pozwany wprowadza bowiem do procesu dodatkową wierzytelność, której domaga się ustalenia na potrzeby potrącenia sądowego. Z drugiej zaś strony, inaczej niż przy powództwie wzajemnym, pozwany nie kreuje samodzielnego przedmiotu procesu, co do którego rozstrzygnięcie byłoby niezależne od losów sprawy z powództwa głównego. Rozstrzygnięcie co do wierzytelności pozwanego zgłoszonej do potrącenia (ustalenie skutków potrącenia ustawowego lub dokonanie potrącenia sądowego) nastąpi bowiem jedynie wówczas, gdy sąd potwierdzi wierzytelność powoda. W przeciwieństwie do powództwa wzajemnego żądanie potrącenia nie może przy tym również rzecz jasna prowadzić do zasądzenia na rzecz pozwanego od powoda salda wynikającego z kompensaty wzajemnych wierzytelności. W konsekwencji część nauki włoskiej posługuje się względem żądania potrącenia w procesie zapożyczonym z literatury niemieckiej (F. Schollmeyer) pojęciem nierozwiniętego powództwa wzajemnego (niem. *unentwickelte Widerklage*, wł. *riconvenzione non sviluppata*); zob. M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 48).

⁴⁷ *Ibidem*, s. 43. Równocześnie autor wskazuje za literaturą włoską, że konstrukcja potrącenia sądowego może być wykorzystana procesowo również w odmiennej konfiguracji podmiotowej, a mianowicie przez powoda dochodzącego ustalenia wygaśnięcia wierzytelności wzajemnej pozwanego przez potrącenie ze sporną (niepłynną) wierzytelnością powoda.

wzajemnego (*domanda riconvenzionale*)⁴⁸. Warunkiem dopuszczalności powództwa wzajemnego jest istnienie dostatecznego związku pomiędzy żądaniem pozwu lub zarzutami pozwanego a pozwem wzajemnym⁴⁹. Wytaczając powództwo wzajemne, pozwany domaga się pozytywnego rozstrzygnięcia o zgłoszonym przez niego żądaniu, a nie wyłącznie oddalenia powództwa głównego, jak w wypadku zarzutów. Wytoczenie powództwa prowadzi zatem do rozszerzenia przedmiotu procesu⁵⁰.

Stanowisko przeciwne zasadza się na twierdzeniu, że kwestia płynności wierzytelności jako materialnoprawna przesłanka potrącenia ustawowego ma charakter obiektywny, a nie subiektywny, i jak każdy element prawnie relewantny podlega ocenie sądu⁵¹. W konsekwencji pojęcia wierzytelności płynnych nie można ograniczać do tych bezspornych lub prawomocnie ustalonych, ponieważ takie podejście prowadziło do pozbawienia instytucji potrącenia ustawowego większego praktycznego znaczenia. Fakt, że jedna ze stron nie uznaje wierzytelności strony przeciwnej, nie stoi zatem na przeszkodzie dokonaniu przez sąd odmiennej oceny, a mianowicie że wierzytelność przedstawiona do potrącenia niewątpliwie istnieje.

W skrajnej postaci stanowisko to prowadzi jednak *de facto* do zatarcia granic pomiędzy potrąceniem ustawowym a potrąceniem sądowym, pozbawiając przesłankę płynności (a w konsekwencji również wyróżnianie tych odmiennych postaci potrącenia) praktycznego znaczenia. Wskazuje się otóż niekiedy, że ze względu na obiektywizm pojęcia płynności wierzytelności ziszczenie się tej przesłanki może nastąpić w toku procesu na skutek ustaleń poczynionych przez sąd prowadzących do potwierdzenia istnienia spornej wierzytelności co do zasady i co do jej wysokości. Stanowisko to traci zatem z pola widzenia fakt, że istota potrącenia sądowego polega właśnie na usunięciu przez sąd przeszkody uniemożliwiającej kompensatę ustawową, w postaci braku płynności wierzytelności pozwanego przedstawionej do potrącenia, a to na drodze ustaleń dokonywanych w toku procesu, które umożliwiają przeprowadzenie kompensaty w wyroku sądu⁵².

W umiarkowanej wersji pogląd ten modyfikuje stanowisko wyjściowe jedynie w tym zakresie, że daje możliwość uznania sądowi wierzytelności niestwierdzonej tytułem wykonawczym, lecz pewnej co do istnienia i wysokości, za płynną pomimo jej spornego charakteru, jeżeli kwestionowanie jej istnienia jest *prima facie* oczywiście bezzasadne (*prima facie pretestuosa ed infondata*), w tym gdy nosi znamio-

⁴⁸ *Ibidem*, s. 44.

⁴⁹ M. Lupoi: *Civil Procedure in Italy*, Alphen aan den Rijn 2018, s. 115.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 114.

⁵¹ M.N. Kannengiesser: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 15.

⁵² *Ibidem*, s. 44. Płynność wierzytelności jest zatem w wypadku potrącenia sądowego wynikiem ustaleń dokonanych w toku postępowania, przy czym wyrok ma w tym wypadku charakter konstytutywny (prawno-kształtujący), zaś sama kompensata wywołuje jedynie skutki z mocą *ex nunc* (*pro futuro*), co odpowiada dominującemu stanowisku w jurysprudencji francuskiej, odzwierciedlonemu w art. 1348 zd. 2 n.fr. CC; zob. na ten temat w pkt II.1 powyżej.

na taktycznego wybiegu ukierunkowanego na przedłużenie postępowania lub zwykłej szykany⁵³. Stanowisko to wydaje się najtrafniejsze z punktu widzenia procesowej funkcji przesłanki płynności, sprowadzającej się do rozwiązania problemu procesowego nadużycia zarzutu potrącenia, tj. skorzystania z tego środka w celu skomplikowania oraz przedłużenia postępowania z intencją utrudnienia powodowi dochodzenia jego słusznych praw i opóźnienia udzielenia należytej mu ochrony prawnej.

3. WNIOSKI

Powyższa analiza potwierdza jednoznacznie, że jakkolwiek płynność wierzytelności stanowi w romańskich porządkach prawnych nominalnie materialnoprawną przesłankę potrącenia, to jednak jej realna rola i znaczenie przejawiają się li tylko na płaszczyźnie prawnoprocesowej⁵⁴. Rozstrzygnięcie, czy wierzytelność jest płynna, a zatem czy doszło do ziszczenia materialnoprawnej przesłanki potrącenia, należy do sądu, przy czym nieostrość tego pojęcia (zwłaszcza w prawie francuskim) pozostawia spore pole uznaniowości⁵⁵. W wypadku zanegowania przez sąd wymienionej wyżej przesłanki, w romańskich porządkach prawnych pozwanemu pozostaje zasadniczo możliwość skorzystania z potrącenia sądowego, a więc domagania się ustalenia przez sąd spornej wierzytelności pozwanego co do zasady i wysokości w postępowaniu sądowym oraz dokonania przezeń kompensaty (co do zasady wyłącznie ze skutkiem *ex nunc*) w wyroku, względnie dochodzenie nieskompensowanej wierzytelności wzajemnej w drodze osobnego procesu lub „czystego” powództwa wzajemnego.

⁵³ *Ibidem*, s. 15–16 oraz 42; E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 98.

⁵⁴ Tak też w literaturze m.in. E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 132–133. Odmienne E. Bucher, wyróżniając dwa różne komponenty, a zarazem płaszczyzny rozumienia płynności wierzytelności: materialnoprawną — odnoszącą się do stanu rzeczywistej (obiektywnej) jasności co do sytuacji prawnej związanej z daną wierzytelnością i procesową, sprowadzającą się do zdatności wierzytelności do (łatwego/szybkiego) ustalenia w procesie; E. Bucher: *Kompensation...*, *op. cit.*, s. 111. C. Fountoulakis wyjaśnia, że w dawnym, nieskodyfikowanym prawie francuskim przesłanka płynności miała jednoznacznie procesowy charakter, zaś jej nominalne przesunięcie na płaszczyznę materialnoprawną w Kodeksie Napoleona (pod przemożnym wpływem poglądów J. Domata) stanowiło najpewniej wpływ dominującego w tym czasie sposobu rozumienia justyniańskiego *ipso iuris compensatur* jako instytucji materialnoprawnej w ramach swoistego procesu „unaukowania” tego prawa; zob. C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 40–42 i 49–50. Jak dodaje przy tym autorka, potrącenie sądowe jako instytucja procesowa uzupełniająca materialnoprawne potrącenie ustawowe skodyfikowana na mocy art. 70 fr. CPC wywodzi się również z dawnego zwyczajowego prawa francuskiego, w ramach którego potrącenie było *stricte* procesowym instrumentem; *ibidem*, s. 56–57.

⁵⁵ Jak wskazuje trafnie E. Bucher, zakres desygnatów pojęcia płynności (poza wierzytelnościami bezspornymi oraz prawomocnie ustalonymi) był i w dalszym ciągu pozostaje niedookreślony; zob. E. Bucher: *Kompensation...*, *op. cit.*, s. 110.

IV. PRZESŁANKA PŁYNNOŚCI WE WSPÓŁCZESNYCH GERMAŃSKICH PORZĄDKACH PRAWNYCH

1. NIEMCY

W niemieckim prawie cywilnym wymóg płynności kompensowanych wierzytelności znany był aż do momentu jego kodyfikacji w 1896 r.⁵⁶ Wraz z przyjęciem modelu potrącenia na mocy oświadczenia woli (§ 388 BGB), a zatem definitywnym odrzuceniem romanistycznego *ipso iure compensatur*, zrezygnowano z wyżej wymienionego wymagania jako materialnoprawnej przesłanki potrącenia⁵⁷. Przesłankami potrącenia w niemieckim prawie cywilnym pozostają zatem: wzajemność wierzytelności (*Gegenseitigkeit/Wechselseitigkeit*), ich jednorodność (*Gleichartigkeit*), spełnialność wierzytelności pasywnej/potrącanej (*Erfüllbarkeit*), wymagalność (*Fälligkeit*) i zaskarżalność (*Durchsetzbarkeit/Vollwirksamkeit*), przy czym dwa ostatnie wymogi, pomimo literalnego brzmienia § 389 BGB, w praktyce odnoszone są wyłącznie do wierzytelności aktywnej (potrącanej)⁵⁸. Ponadto prawo to przewiduje wiele negatywnych przesłanek potrącenia, a zatem wykluczających dopuszczalność tej czynności pomimo ziszczenia się przesłanek dodatnich, takich jak w szczególności zajęcie wierzytelności (§ 392 BGB), zakaz potrącenia wierzytelności z tytułu popełnionego umyślnie czynu niedozwolonego (§ 393 BGB) czy też niepodlegających zajęciu (§ 394 BGB).

Wypada niemniej wskazać, że już Landrecht pruski⁵⁹, operujący potrąceniem z mocy samego prawa (zob. § 301 ALR), nadawał wymogowi płynności jako (no-

⁵⁶ Niemiecki kodeks cywilny (Bürgerliches Gesetzbuch) z 1896 r. (dalej: BGB), wszedł w życie w dniu 1 stycznia 1900 r.

⁵⁷ Jak wskazuje E.M. Berling, uregulowanie potrącenia w BGB stanowiło w tym zakresie zwieńczenie procesu, zapoczątkowanego jeszcze w połowie XIX w. w ramach kodeksu prawa prywatnego Zurichu (Züricher Privatrechtliche Gesetzbuch) z 1855 r. oraz kontynuowanego w kolejnych niemieckojęzycznych kodyfikacjach, tj. saskim BGB z 1863 r. (Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen), a także pierwszym szwajcarskim kodeksie zobowiązań (das schweizerische Obligationenrecht) z 1883 r. Zob. na ten temat E. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 254. Zob. również C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 75–76. Już według B. Windscheida, brak płynności wierzytelności przedstawionej przez pozwanego do potrącenia nie wyłączała *per se* skutków kompensaty, ale jedynie uprawniał (a zarazem zobowiązywał) sędziego do nieuwzględnienia (oddalenia) zarzutu potrącenia zgłoszonego w procesie; zob. B. Windscheid: *Lehrbuch des Pandektenrecht. Zweiter band*, Frankfurt a.M. 1887, s. 352. Autor ten odrzucał zresztą wprost koncepcję *ipso iure compensatur*, uznając, że to od woli wierzyciela zależy, czy dokona on kompensaty (skorzysta z zarzutu potrącenia, którym obciążona jest wierzytelność wzajemna drugiej strony), czy też użyje przysługującej mu wierzytelności w inny sposób; *ibidem*, s. 339–340. Wymaga jednak podkreślenia, że co do zasady z punktu widzenia zasady swobody umów w pełni dopuszczalne jest umowne ograniczenie dopuszczalności potrącenia w ramach określonego stosunku obligacyjnego pomiędzy stronami do wierzytelności bezspornych (tj. umowne wyłączenie potrącenia wierzytelności spornych). Na powyższe w sposób niewątpliwie wskazuje *a contrario* § 309 ust. 3 BGB, zgodnie z którym w ogólnych warunkach umów nie można skutecznie wyłączyć potrącenia wierzytelności bezspornej lub prawomocnie ustalonej; zob. B. Junglas: *Forderungsmerkmale...*, *op. cit.*, s. 291.

⁵⁸ Zob. na ten temat m.in. J. Gernhuber: *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, Tübingen 1994, s. 247 i n.; E.M. Berling: *Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 76 i n.

⁵⁹ Powszechnie prawo krajowe dla państw królewsko-pruskich (Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten) z 1794 r. (dalej: ALR).

minalnie) materialnoprawnej przesłance potrącenia jawnie procesowe zabarwienie. Zgodnie bowiem z § 301 ALR, jeżeli jedna z wierzytelności została już ustalona wyrokiem sądu lub jest oczywiście zasadna (*sogleich klar*), natomiast druga pozostaje sporna, potrącenie nastąpi tylko wówczas, gdy na mocy przepisów prawa procesowego cywilnego druga z wierzytelności nadaje się do natychmiastowego ustalenia (*sofort liquide gemacht werden kann*)⁶⁰.

Odstąpienie od wymogu płynności w prawie materialnym, przy równoczesnym dążeniu do zadośćuczynienia zasadniczej funkcji tej przesłanki za pośrednictwem *stricte* procesowych środków (§ 145 ust. 3 i § 302 niemieckiego kodeksu postępowania cywilnego⁶¹), unormowanych bezpośrednio w prawie procesowym cywilnym, wydaje się zatem naturalnym krokiem w ewolucyjnym rozwoju podejścia do instytucji potrącenia w prawie niemieckim⁶².

Zgodnie z § 145 ust. 3 n.ZPO, jeżeli w toku postępowania pozwany przedstawia do potrącenia wierzytelność niemającą prawnego związku z wierzytelnością powoda dochodzoną w pozwie, sąd może zarządzić oddzielną rozprawę co do żądania pozwu oraz co do zarzutu potrącenia. Następnie, § 302 n.ZPO wprowadza kluczową dla całego modelu konstrukcję *Vorbehaltsurteil*, co można przetłumaczyć na język polski (w braku lepszego, syntetycznego terminu odpowiadającego niemieckiemu oryginałowi) jako wyrok warunkowo uwzględniający powództwo, wyrok z zastrzeżeniem skutków potrącenia⁶³, względnie za przedwojennym (ostatecznie nieprzyjętym w kodeksie postępowania cywilnego z 1930 r.⁶⁴) projektem przepisów o orzeczeniach autorstwa W. Mańkowskiego⁶⁵ — wyrok tymczasowy.

⁶⁰ Jak wskazuje przy tym E.M. Berling, w praktyce wymóg płynności nie musiał być spełniony w wypadku wierzytelności pozostających w ścisłym związku, co w pewnym zakresie przypomina rozwiązanie funkcjonujące w prawie francuskim, a skodyfikowane obecnie w art. 1348–1 zd. 1 n.fr. CC — zob. na ten temat w pkt II.1 powyżej.

⁶¹ Zivilprozessordnung z dnia 30 stycznia 1877 r., w brzmieniu ogłoszonym 5 grudnia 2005 r., BGBl. I S. 3202, ze zm. (dalej: n.ZPO).

⁶² Wśród niemieckich pandektystów (w szczególności H. Dernburg i B. Windscheid) panował pogląd plasujący problem płynności wierzytelności na płaszczyźnie prawno-procesowej, a nie materialnoprawnej. Powołując się na unormowanie *exceptio compensationis* w prawie justyniańskim oraz interpretacje średniowiecznych glosatorów, wskazywano, że sędzia nie jest zobowiązany do uwzględnienia zarzutu kompensaty, jeżeli wierzytelność zgłoszona przez pozwanego do potrącenia nie jest płynna. Możliwość odmowy rozpoznania i uwzględnienia przez sąd potrącenia nieustalonej wierzytelności, której zbadanie przedłużyłoby znacząco postępowanie, uznawano zatem za dyskrecyjne uprawnienie sądu, a więc instrument *stricte* procesowy. Obowiązek merytorycznego rozpoznania przez sąd potrącenia obejmującego niepłynną wierzytelność zachodził tylko wówczas, gdy obie wierzytelności wynikały z tego samego stosunku prawnego; zob. H. Dernburg: *Geschichte...*, *op. cit.*, s. 554 i n.; G. Kegel: *Probleme...*, *op. cit.*, s. 158 i n.; R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 53–54; A.M. Fleckner (w:) *Commentaries...*, *op. cit.*, s. 1788.

⁶³ M. Pyziak-Szafnicka używa w pełni opisowej formuły „wyrok rozstrzygający o roszczeniu głównym z chwilowym pominięciem zarzutu potrącenia”; *eadem*: *Potrącenie...*, *op. cit.*, s. 244.

⁶⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. — Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 1950 r. Nr 43, poz. 394 ze zm.); dalej: k.p.c. z 1930 r.

⁶⁵ W. Mańkowski: *Projekt działu polskiej procedury cywilnej o wyrzeczeniach sądowych* (w:) *Polska procedura cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem*, Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne 1921, nr XIX, s. 677 i n. Na temat rozwiązań proponowanych w tym projekcie zob. również w pkt VII poniżej.

Konstrukcja ta na potrzeby niniejszego artykułu będzie określana dalej umownie mianem wyroku warunkowego⁶⁶.

Według § 302 ust. 1 n.ZPO w wypadku podniesienia przez pozwanego zarzutu potrącenia, sąd może rozstrzygnąć o wierzytelności powoda, uwzględniając powództwo⁶⁷, z zastrzeżeniem decyzji co do zarzutu potrącenia, jeżeli jedynie kwestia zasadności roszczenia powoda dojrzała do rozstrzygnięcia⁶⁸. Zastosowanie tej instytucji jest obecnie niezależne od istnienia lub braku związku (faktycznego lub prawnego) pomiędzy potrącanymi wierzytelnościami⁶⁹, jednakże brak takiego związku stanowi okoliczność przemawiającą za celowością skorzystania przez sąd z konstrukcji wyroku warunkowego⁷⁰. Wydanie wyroku warunkowego zależy zatem od uznania sądu⁷¹, niemniej nie ulega wątpliwości, że jego przesłanką jest przesą-

⁶⁶ Konwencja ta wydaje się dobra z uwagi na jej zwięzłość. Alternatywnym określeniem mógłby być „wyrok zastrzeżony”, jednakże z uwagi na utrwaloną w polskim piśmiennictwie i judykaturze tradycję posługiwania się terminem wyroku zaocznego zastrzeżonego na konstrukcję zawartą w art. 341 k.p.c., stosowanie terminu „wyrok zastrzeżony” dla analizowanej instytucji mogłoby prowadzić do zbędnych językowych nieporozumień. Co przy tym istotne, również doktryna niemiecka nazywa niekiedy *Vorbehalturteil* wyrokiem warunkowym zawartym pod warunkiem rozwiązującym (*ein auflösend bedingtes Endurteil*); tak np.: K. Schellhammer: *Zivilprozess. Gesetz — Praxis — Fälle*, Heidelberg 2016, s. 453; I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung: ZPO Familienverfahren — Gerichtsverfassung — Europäisches Verfahrensrech. Handkommentar*, Beck-online 2019, nb 1 i 6.

⁶⁷ Z oczywistych względów wyrok warunkowy (tak jak wyrok wstępny) może być jedynie wyrokiem uwzględniającym powództwo. W przypadku, w którym sąd uzna roszczenie powoda za bezzasadne bez potrzeby rozpoznania podniesionego przez pozwanego zarzutu potrącenia, wyda wyrok końcowy (§ 300 n.ZPO) oddalający powództwo. W przypadku, w którym sprawa dojrzała do pozytywnego rozstrzygnięcia wyłącznie w zakresie zasady roszczenia powoda, a pozwany, kwestionując roszczenie, co do zasady i co do wysokości równocześnie podnosi ewentualny zarzut potrącenia, w piśmiennictwie dopuszcza się możliwość wydania wyroku warunkowego o charakterze wstępnym, a więc łączne zastosowanie przepisów o wyroku wstępnym (§ 304 n.ZPO — *Zwischenurteil über den Grund/Vorbehalturteil dem Grunde*) i warunkowym (§ 302 n.ZPO); I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 3; H.J. Musielak: komentarz do § 302 ZPO (w:) H.J. Musielak, W. Voit: *Zivilprozessordnung: ZPO. Kommentar*, Beck-online 2019, nb 3 i 4.

⁶⁸ Zastrzeżenie to musi się znaleźć w samym tenorze wyroku (na ogół w osobnym punkcie wraz z możliwie dokładnym sprecyzowaniem wierzytelności wzajemnej pozwanego objętej nierozpoznanym przez sąd zarzutem potrącenia. W wypadku braku zastrzeżenia w tenorze, § 302 ust. 2 n.ZPO pozwala wystąpić o uzupełnienie wyroku o to zastrzeżenie; zob. K. Schellhammer: *Zivilprozess...*, *op. cit.*, s. 454; I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 5; H.J. Musielak: komentarz do § 302 ZPO (w:) H.J. Musielak, W. Voit: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 8.

⁶⁹ Do dnia 30 kwietnia 2000 r. dopuszczalność wyroku warunkowego uzależniona była wprost w przepisie od braku związku pomiędzy wierzytelnościami. Ograniczenie to zostało usunięte w ramach zmian wprowadzonych do n.ZPO na mocy ustawy z dnia 30 marca 2000 r. o przyspieszeniu zapłaty wymagalnych wierzytelności (*Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000* (BGBl. I S. 330)). Celem zmiany było umożliwienie wykorzystania tej instytucji zgodnie z jej celem w sprawach, w których pomimo istnienia prawnego związku pomiędzy wierzytelnościami (w tym wynikania ich z tego samego stosunku prawnego), nierzadko zdarza się tak, że przeciwko wierzytelności bezspornej względnie łatwej do wykazania (np. roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za wykonaną usługę lub dzieło) przeciwstawiane są do potrącenia wierzytelności, których weryfikacja wymaga długotrwałego postępowania dowodowego (np. roszczenie z tytułu kosztów zastępczego usunięcia wad przedmiotu umowy, kar umownych za zwłokę etc.); szerzej zob. H.J. Musielak: komentarz do § 302 ZPO (w:) H.J. Musielak, W. Voit: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 2.

⁷⁰ Tak m.in. I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 2.

⁷¹ Tak m.in. I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 5; H.J. Musielak: komentarz do § 302 ZPO (w:) H.J. Musielak, W. Voit: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 7. Przyjmuje się przy tym, że jakkolwiek zakres dyskrecyjnej władzy sędziowskiej odnośnie do skorzystania z tej in-

dzenie przez sąd zasadności roszczenia dochodzonego w pozwie, przy równoczesnym braku gotowości do rozstrzygnięcia o wierzytelności pozwanego zgłoszonej do potrącenia (a w konsekwencji również co do ewentualnych skutków kompensaty), która ze względu na swój sporny i nieustalony charakter wymaga dalszego badania (w tym zwłaszcza czynności dowodowych zmierzających do ustalenia podstawy faktycznej zarzutu potrącenia), co wiąże się również z wydłużeniem postępowania w czasie⁷².

W myśl § 302 ust. 2 n.ZPO wyrok warunkowy z punktu widzenia zaskarżalności oraz wykonalności na drodze egzekucji traktowany jest jak wyrok końcowy (*Endurteil*)⁷³. Stosownie do § 302 ust. 4 zd. 1 n.ZPO, w wypadku wydania wyroku warunkowego, spór co do zarzutu potrącenia pozostaje zawisły przed sądem I instancji. Przyjmuje się przy tym, że z uwagi na związanie sądu wydanym wyrokiem warunkowym (§ 318 ZPO), w dalszym postępowaniu (*Nachverfahren*) zakres kognicji sądu oraz zakres dopuszczalnych środków obrony pozwanego co do zasady ograniczony jest do zarzutu potrącenia podniesionego w postępowaniu prowadzonym przed wydaniem wyroku warunkowego (*Vorverfahren*)⁷⁴. Jak już zasygnalizowano,

stytucji jest bardzo szeroki, to jednak w uzasadnionych przypadkach prawidłowość skorzystania przez sąd z tej kompetencji może podlegać kontroli instancyjnej. Wydanie wyroku warunkowego wiąże się bowiem zawsze z potrzebą zważenia interesów stron *in concreto*, przy czym zasadniczo interes powoda w uzyskaniu szybkiej ochrony dochodzonego roszczenia o charakterze płynnym, w wypadku braku dostatecznej płynności wierzytelności wzajemnej pozwanego, uznaje się za zasługujący na ochronę. W wypadku wniesienia apelacji od wyroku warunkowego, przedmiotem kontroli apelacyjnej jest jednak zasadniczo prawidłowość ustaleń sądu co do zasadności wierzytelności powoda, z odroczeniem rozstrzygnięcia o wierzytelności wzajemnej pozwanego i ewentualnych skutkach potrącenia. Co również istotne, wydanie wyroku warunkowego może nastąpić *ex officio* (nie wymaga wniosku powoda), a strony nie mogą umownie wyłączyć kompetencji sądu do skorzystania z tej instytucji; zob. H.J. Musielak: komentarz do § 302 ZPO (w:) H.J. Musielak, W. Voit: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 7 oraz powołane przez autora orzecznictwo.

⁷² Jak wskazuje się przy tym w literaturze, potrzeba wydania wyroku warunkowego może wynikać tylko z wątpliwości co do materialnoprawnych podstaw zarzutu potrącenia, w tym jego podstawy faktycznej, ile z niejasności odnośnie do procesowej dopuszczalności zarzutu potrącenia jako czynności procesowej; zob. m.in. I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 4. W praktyce wątpliwości budzi zakres badania, jakiemu sąd winien poddać zarzut potrącenia przed podjęciem decyzji o wydaniu wyroku warunkowego, niemniej wskazuje się, że oczekiwanie, aby sąd poprzedzał decyzję w tym zakresie licznymi i czasochłonnymi czynnościami, niweczyłoby cel tej instytucji polegający na szybkim udzieleniu warunkowej ochrony prawnej płynnej wierzytelności powoda, z pozostawieniem rozstrzygnięcia o potrąceniu w dalszym postępowaniu; zob. H.J. Musielak: komentarz do § 302 ZPO (w:) H.J. Musielak, W. Voit: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 5.

⁷³ Powyższe oznacza zatem m.in. *implicite* pełną akceptację dla ewentualnego zarzutu potrącenia (*Eventualaufrechnung*), skoro w wypadku uwzględnienia przez sąd roszczenia powoda z zastrzeżeniem rozstrzygnięcia o zarzucie potrącenia pozwany, nie rezygnując z tego zarzutu i możliwości jego rozpoznania przez sąd, zachowuje prawo do kwestionowania trafności rozstrzygnięcia sądu o zasadzie i wysokości zasądzzonego świadczenia w postępowaniu drugoinstancyjnym. W wypadku natomiast, w którym pozwany nie kwestionuje zasadności roszczenia powoda, na innych niż zarzut potrącenia podstawach, a zatem uznaje jego zasadność z zastrzeżeniem skutków potrącenia, sąd może wydać wyrok warunkowy z uznania (*Anerkenntnisvorbehaltsurteil*), który będzie łączył właściwości wyroku warunkowego (§ 302 n.ZPO) i wyroku z uznania (§ 307 n.ZPO); zob. I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 3, 9; H.J. Musielak: komentarz do § 302 ZPO (w:) H.J. Musielak, W. Voit: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 4.

⁷⁴ Zob. K. Schellhammer: *Zivilprozess...*, *op. cit.*, s. 455; I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 6.

pozwany zainteresowany kwestionowaniem podstawy wyroku warunkowego, a zatem zasadności roszczenia powoda na innych niż potrącenie podstawach, musi skorzystać z właściwego środka zaskarżenia⁷⁵.

Zgodnie przy tym z § 302 ust. 4 zd. 2 n.ZPO, jeżeli ustalenia poczynione w ramach kontynuowanego postępowania doprowadzą sąd do przekonania o skuteczności zarzutu potrącenia (a zatem umorzeniu wierzytelności powoda do wysokości wierzytelności pozwanego przedstawionej do potrącenia i tym samym bezzasadności uwzględnionego wyrokiem warunkowym roszczenia powoda), sąd ów wyda wyrok końcowy (*Endurteil*), w którym uchyli wydany uprzednio wyrok warunkowy oraz oddali powództwo pozwanego w odpowiednim zakresie, równocześnie rozstrzygając o kosztach całego dotychczasowego postępowania⁷⁶.

W kontekście uchylenia wyroku warunkowego i oddalenia powództwa, w następstwie rozpoznania zarzutu potrącenia, § 302 ust. 4 zd. 3 n.ZPO statuuje wprost podstawę roszczenia pozwanego o naprawienie szkody wyrządzonej wyegzekwowaniem lub dobrowolnym spełnieniem świadczenia zasądzonego uchylonym wyrokiem zastrzeżonym względnie szkody spowodowanej innymi czynnościami podjętymi przez pozwanego celem uniknięcia egzekucji. W myśl przy tym ostatniego zdania komentowanego przepisu pozwany może dochodzić owej swoistej restytucji bezpośrednio w postępowaniu mającym za przedmiot rozstrzygnięcie o zarzucie potrącenia, przy czym w takim wypadku spór co do obowiązku naprawienia szkody uważa się za zawisty już od chwili wyegzekwowania lub dobrowolnej zapłaty świadczenia zasądzonego wyrokiem warunkowym⁷⁷.

Jak zatem widać, komentowana regulacja pozostawia sędziowskiemu uznaniu możliwość ukształtowania postępowania, w którym pozwany podniósł zarzut potrącenia, w sposób zgodny z interesem powoda leżącym w szybkim i skutecznym (zapewniającym możliwość egzekucji w oparciu o nieprawomocny wyrok warunkowy zaopatrzonej w rygor natychmiastowej wykonalności) rozstrzygnięciu o jego żądaniu, a zarazem z poszanowaniem interesu pozwanego w kompleksowym załatwieniu sporu w ramach jednego postępowania, a także w możliwości uzyskania

⁷⁵ W razie uwzględnienia środka zaskarżenia prowadzącego do zmiany wyroku warunkowego poprzez oddalenie pozwu, postępowanie zmierzające do rozpoznania zarzutu potrącenia (*Nachverfahren*) ulega zakończeniu jako bezprzedmiotowe; zob. I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 8.

⁷⁶ W wypadku uznania zarzutu potrącenia za nieuzasadniony, w końcowym wyroku (*Endurteil*) sąd stwierdza bezwarunkowość (*Vorbehaltlos*) wydanego uprzednio wyroku warunkowego (względnie upadek zastrzeżonego w nim warunku) oraz obciąża pozwanego kosztami tego postępowania; zob. np. K. Schellhammer: *Zivilprozess...*, *op. cit.*, s. 455. Co ciekawe, ponieważ w postępowaniu zmierzającym do zbadania zarzutu potrącenia następuje swoiste odwrócenie ról i ciężarów procesowych (to pozwany staje się stroną czynną w zakresie wykazywania skuteczności potrącenia), ewentualna bezczynność powoda w tej fazie może doprowadzić do uwzględnienia zarzutu potrącenia w warunkach zaoczności i wydania wyroku końcowego uchylającego wyrok warunkowy i oddalającego powództwo jako wyroku zaocznego (§ 331 n.ZPO — *Versäumnisurteil*); zob. I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 10.

⁷⁷ Rzecz jasna pozwany może również dochodzić tych roszczeń na zasadach ogólnych w odrębnym procesie; zob. I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 12.

naprawienia szkody spowodowanej realizacją warunkowej (nienależnej) ochrony udzielonej powodowi⁷⁸. Jeżeli bowiem podstawa faktyczna i prawna wierzytelności powoda zostanie wykazana, a ocena zarzutu potrącenia podniesionego przez pozwanego wymaga dalszego postępowania dowodowego, powód, który wytaczając powództwo, wykazał inicjatywę w dochodzeniu swego roszczenia (co na ogół wiąże się z pilnością poszukiwanej przez niego ochrony prawnej), może liczyć na uzyskanie szybszej, niejako warunkowej, ochrony prawnej bez dodatkowego prowadzenia postępowania zabezpieczającego oraz związanych z tym trudności. Równocześnie jednak powód musi liczyć się z przyszłymi konsekwencjami ewentualnego uwzględnienia zarzutu potrącenia, a więc w szczególności z obowiązkiem restytucji oraz kompensacji szkody wyrządzonej pozwanemu przez dochodzenie zaspokojenia wygasłej wierzytelności⁷⁹.

Co przy tym kluczowe, rozwiązanie to pozwala na pozbawienie pozwanego oczekiwanych procesowych korzyści związanych z podnoszeniem zarzutu potrącenia wyłącznie dla przedłużenia postępowania (*Prozessverschleppung*) oraz opóźnienia uzyskania przez powoda wykonalnego wyroku⁸⁰. Pozwany musi bowiem liczyć się od początku procesu z tym, że w wypadku zgłoszenia tego zarzutu w warunkach pozostawiających wątpliwości co do jego intencji i rzeczywistego celu tej czynności, czy choćby w sytuacji, w której wierzytelność powoda jest bezsporna lub łatwa do ustalenia, zaś wierzytelność zgłoszona przez pozwanego wymaga przeprowadzenia licznych i czasochłonnych czynności dowodowych, przez wykorzystanie instytucji wyroku warunkowego, sąd będzie mógł zracjonalizować tok postępowania, a zarazem udzielić powodowi — z zastrzeżeniem ewentualnych skutków potrącenia — żądanej ochrony. Mając powyższe na uwadze, pozwany działający cynicznie (bez przekonania co do istnienia przedstawianej do potrącenia wierzytelności, a przede wszystkim możliwości jej dowodowego wykazania (warunkującego możliwość wygrania sprawy), natomiast z nadzieją na opóźnienie wydania przez sąd, a w dalszym toku egzekucji, niekorzystnego dla siebie wyroku) utraci ów motyw do nadużywania zarzutu potrącenia w procesie.

Logicznym dopełnieniem powyższej regulacji, niejako domykającym spójną konstrukcję zarzutu potrącenia jako środka obrony, a zarazem instrumentu docho-

⁷⁸ W piśmiennictwie niemieckim podkreśla się, że skorzystanie z tej instytucji jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem sądu, przy czym jednym z podstawowych celów regulacji jest usprawnienie postępowania oraz umożliwienie sądowi niweczenia prób nadużywania zarzutu potrącenia; zob. m.in. I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 1, 5.

⁷⁹ W literaturze niemieckiej podnosi się również, że w ramach swobodnego uznania co do celowości wydania wyroku zaocznego sąd może wziąć również pod uwagę okoliczności związane z sytuacją finansową i majątkową powoda, by uchronić pozwanego przed niepowetowaną szkodą w związku z brakiem możliwości uzyskania w przyszłości naprawienia szkody związanej z wykonaniem uchylonego następnie wyroku warunkowego.

⁸⁰ Cel przepisu w postaci umożliwienia sądowi niezwłocznego udzielenia powodowi ochrony prawnej oraz zapobieżenia nadużywaniu zarzutu potrącenia dla przewłoki procesu jest wskazywany powszechnie w literaturze; zob. m.in. I. Saenger: komentarz do § 302 ZPO (w:) I. Saenger: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, nb 1; H.J. Musielak: komentarz do § 302 ZPO (w:) H.J. Musielak, W. Voit: *Zivilprozessordnung...*, *op. cit.*, Beck-online, nb 1.

dzenia roszczeń w procesie, jest dyspozycja art. 322 ust. 2 n.ZPO. Zgodnie z tym przepisem zawarte w wyroku rozstrzygnięcie ustalające nieistnienie wierzytelności wzajemnej pozwanego objętej podniesionym przez niego w procesie zarzutem potrącenia, do wysokości wierzytelności niższej, korzysta z prawomocności materialnej (*der Rechtskraft fähig ist*). Inaczej zatem niż w polskim prawie procesowym cywilnym, na gruncie n.ZPO, uznając zarzut potrącenia za niezasadny, w orzeczeniu merytorycznym kończącym postępowanie w sprawie (*Endurteil*) sąd wyrzeka wyraźnie o nieistnieniu wierzytelności pozwanego (*die Gegenforderung nicht besteht*), co z kolei pozwala przypisać orzeczeniu zawierającemu takie rozstrzygnięcie po jego formalnym uprawomocnieniu się przymiot prawomocności materialnej (w tym powagi rzeczy osądzonej, jako negatywny aspekt prawomocności materialnej). Rozwiązanie to zapewnia zatem jednorazowość oraz ostateczność orzekania przez sąd o wierzytelności pozwanego objętej zarzutem potrącenia, a w konsekwencji również definitywne rozstrzygnięcie sporu, którego ramy wyznaczyło roszczenie dochodzone przez powoda pozwem i roszczenie wzajemne pozwanego zgłoszone w formie zarzutu potrącenia. Równocześnie ze względu na brak możliwości korzystania z zarzutu potrącenia bez ponoszenia tych definitywnych konsekwencji orzeczenia sądu, rozwiązanie to ma samo w sobie walor mitygujący pozwanym przed jego nadużywaniem.

2. AUSTRIA

Pomimo językowego brzmienia § 1438 austriackiego kodeksu cywilnego⁸¹ wskazującego na przyjęcie w austriackim prawie cywilnym romańskiego modelu potrącenia automatycznego (*ipso iure compensatur*)⁸², współcześnie nie ulega wątpliwości obowiązywanie przeciwnego modelu potrącenia, zakładającego konieczność złożenia prawnokształtującego oświadczenia o potrąceniu (*Aufrechnungserklärung*)⁸³. Oświadczenie to może zostać złożone zarówno poza postępowaniem sądowym i bez

⁸¹ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch z dnia 1 czerwca 1811 r. (dalej: ABGB).

⁸² Koncepcję *ipso iuris compensatur*, dochodzącego do skutku niezależnie od woli i wiedzy stron, przyjmował *expressis verbis* jeden z głównych twórców ABGB — F.E. v. Zeiller; zob. F.E. v. Zeiller: *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie*, t. IV, Wien–Triest 1813, s. 167.

⁸³ Zob. m.in. I. Reiterer: *Die Aufrechnung: Funktionen und Rechtsnatur von außergerichtlicher Aufrechnung und Prozeßaufrechnung*, Graz 1976, s. 55 i n.; P. Rummel: komentarz do § 1438 ABGB (w:) *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumentenschutzgesetz, Produkthaftungsgesetz, UN-Kaufrecht: in zwei Bänden. Bd. 1, §§ 1090 bis 1502 ABGB, Nebengesetze*, Hrsg. P. Rummel, Wien 1984, s. 2784–2785, nb 11–12; S. Dullinger: *Handbuch der Aufrechnung*, Wien–New York 1995, s. 5 i 97; H. Koziol, I. Griss: komentarz do § 1438 ABGB (w:) *Kurzkommentar zum ABGB*, Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinsky, R. Bollenberger, Wien–New York 2007, s. 1703, nb 3; H. Dolinar: *Zivilprozessrecht*, Linz 2013, s. 126; W.H. Rechberger, D.A. Simotta: *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts: Erkenntnisverfahren*, Wien 2017, s. 378; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 91 i 95–96; E.M. Berling: *Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 31–32. Na konieczność aktywności jednego z wierzycieli wskazuje brzmienie § 1441

związku ze sporem o prawo (*außergerichtliche Aufrechnungserklärung*), jak i w toczącym się pomiędzy stronami procesie — przez zgłoszenie zarzutu potrącenia (*Aufrechnungseirede/prozessualer Aufrechnung/Prozessaufrechnung*)⁸⁴.

W obu wypadkach materialnoprawna skuteczność oświadczenia o potrąceniu (umorzenie wzajemnych wierzytelności do wysokości niższej z nich) uzależniona jest od spełnienia wszystkich przewidzianych prawem materialnym pozytywnych przesłanek potrącenia (§ 1439–1441 ABGB), tj. wzajemności (*Gegenseitigkeit*), jednorodności (*Gleichartigkeit*), prawidłowości (*Richtigkeit*)⁸⁵, wymagalności (*Fälligkeit*)⁸⁶ oraz braku przesłanek negatywnych w postaci jednego ze statuowanych ustawą zakazów potrącenia (*Aufrechnungsverbot*)⁸⁷.

Do momentu wejścia w życie austriackiego kodeksu postępowania cywilnego z 1895 r.⁸⁸, płynność (*Liquidität*) wierzytelności uznawana była dość jednoznacznie za materialnoprawną przesłankę potrącenia (*Liquiditätsmerkmal* lub *Liquiditätserfordernis*), wywodzoną ze statuowanego wprost w art. 1438 i 1439 ABGB wymogu „prawidłowości” wierzytelności (*Richtigkeit*)⁸⁹. W tym kontekście używano pojęcia względnej płynności (*eine relative Liquidität*), co *notabene* zdradzało jej silne procesowe nacechowanie. Wierzytelność uznawano bowiem za (względnie) płynną nie

i 1442 ABGB. W polskiej literaturze zob. na ten temat uwagi A. Torbusa: *Wpływ umowy jurysdykcyjnej na dopuszczalność zarzutu potrącenia*, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 4, s. 15.

⁸⁴ S. Dullinger: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 97 i n.; H. Koziol, I. Griss: komentarz do § 1438 ABGB (w:) *Kurzkommentar zum ABGB...*, *op. cit.*, Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinsky, R. Bollenberger, s. 1703–1704, nb 3; C. Koller: *Aufrechnung und Widerklage im Schiedsverfahren. Unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsorts Österreich*, Wien 2009, s. 38–39; H. Dolinar: *Zivilprozessrecht...*, *op. cit.*, s. 126; W.H. Rechberger, D.A. Simotta: *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 378. Pogląd o dopuszczalności potrącenia na mocy oświadczenia woli złożonego poza procesem pojawił się w nauce austriackiej stosunkowo późno; zob. J. Unger: *Fragmente aus einem System des österreichischen Obligationenrechtes*, GrünhutsZ 1888, s. 545 i 550; V. Hasenöhr: *Das Obligationenrecht*, t. II, Wien 1890, s. 560 i 571. Jeszcze w okresie międzywojennym w doktrynie reprezentowane było stanowisko przeciwnie, zakładające wyłączność potrącenia dokonywanego wobec sądu; tak A. Ehrenzweig: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. II, cz. 1, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Wien 1928, s. 341 i n.

⁸⁵ Pojęcie *Richtigkeit* nie ma precyzyjnego odpowiednika w polskim języku prawnym i prawniczym. Stanowi ono konglomerat kilku właściwości. Wierzytelność jest prawidłowa (*richtig*), wówczas gdy w sensie prawnym istnieje (powstała i nie wygasła przed dokonaniem potrącenia), jest bezwarunkowa i wolna od zarzutów, w tym zaskarżalna (*Klagbar*); zob. m.in. I. Griss: komentarz do § 1439 ABGB (w:) *Kurzkommentar zum ABGB...*, *op. cit.*, Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinsky, R. Bollenberger, s. 1704–1705, nb 1; S. Dullinger: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 82 i n.; C. Koller: *Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 37; E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 77–78. Tłumaczenie terminu *Richtigkeit der Forderung* na polski jako „prawidłowość wierzytelności” przyjęto za: *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: ABGB = Powszechna Księga Ustaw Cywilnych (Austriacki Kodeks Cywilny): glosariusz*, pod red. J. Olszewskiego, Rzeszów–Wiedeń 2014, s. 389.

⁸⁶ W praktyce przyjmuje się, że podobnie jak na gruncie BGB, wymóg zaskarżalności i wymagalności dotyczy wyłącznie wierzytelności aktywnej (zgłoszonej do potrącenia); zob. I. Griss: komentarz do § 1439 ABGB (w:) *Kurzkommentar zum ABGB...*, *op. cit.*, Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinsky, R. Bollenberger, s. 1704–1705, nb 1.

⁸⁷ Zob. m.in. H. Koziol, I. Griss: komentarz do § 1438 ABGB (w:) *Kurzkommentar zum ABGB...*, *op. cit.*, Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinsky, R. Bollenberger, s. 1702, nb 1; H. Dolinar: *Zivilprozessrecht...*, *op. cit.*, s. 126; W.H. Rechberger, D.A. Simotta: *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 379.

⁸⁸ *Zivilprozessordnung* z 1895 r.

⁸⁹ Zob. na ten temat J. Unger: *Fragmente...*, *op. cit.*, s. 15; A. Ehrenzweig: *System des österreichischen...*, *op. cit.*, s. 335; I. Reiterer: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 38 i n.; S. Dullinger: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 89 i n.; M. Slonina: *Aufrechnung nur bei internationaler Zuständigkeit oder Liquidität?*, IPRax 2009, s. 408; E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 88 i 259.

tylko wówczas, gdy była ona przesądzona prawomocnym wyrokiem lub bezsporna (tzw. płynność formalna, *formelle Liquidität*), lecz także jeśli jej ustalenie w postępowaniu sądowym nie wymagało nadmiernie uciążliwego (długotrwałego) postępowania dowodowego (tzw. płynność materialna — *materielle Liquidität*)⁹⁰. Wymóg płynności odnosił się zatem *de facto* wyłącznie do wierzytelności wzajemnej pozwanego objętej zarzutem potrącenia i jako taki stanowił, spoczywający w gestii sądu, procesowy, dyskrecyjny środek zapobiegania nadużywaniu kompensaty w procesie⁹¹.

Dopuszczenie na mocy § 391 ust. 3 austriackiego kodeksu postępowania cywilnego⁹² do wydania wyroku częściowego (*Theilurtheil*), uwzględniającego żądanie pozwu, które „dojrzało do rozstrzygnięcia” z pozostawieniem osądzenia wierzytelności pozwanego zgłoszonej do potrącenia w wyroku końcowym wydanym po przeprowadzeniu dalszego postępowania (*Endurtheil*), spowodowało w pewnym stopniu klarowne przesunięcie kwestii płynności na płaszczyznę procesową⁹³, co odpowiada opisanemu wyżej rozwiązaniu funkcjonującemu w prawie niemieckim⁹⁴. Podobnie przy tym jak w prawie niemieckim, wydanie wyroku częściowego lub wstrzymanie się z wyrokowaniem do czasu dokonania całościowych ustaleń odnośnie do zasadności obu przeciwstawnych wierzytelności zależy od uznania sądu, stanowiąc instrument sędziowskiego kierownictwa postępowaniem⁹⁵. O zastosowaniu tego przepisu winny decydować w każdym wypadku względy celowości, w tym zwłaszcza potrzeba zapewnienia sprawności postępowania, co dotyczy w szczególności przeciwdziałaniu przewłoce postępowania wskutek zarzutów potrącenia zgłoszonych w celach taktyczno-procesowych i dylatoryjnych⁹⁶.

Zważywszy však, że inaczej niż w prawie niemieckim od 1 maja 2000 r. (§ 302 n.ZPO) na gruncie § 391 ust. 3. a.ZPO, wydanie wyroku częściowego w dalszym ciągu pozostaje wyraźnie ograniczone do przypadków potrącenia obejmujących

⁹⁰ Zob. m.in. S. Dullinger: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 60; C. Koller: *Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 37; E.M Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 88.

⁹¹ Tak C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 94.

⁹² Zivilprozessordnung z dnia 1 sierpnia 1895 r., RGBl. 1895/113 ze zm. (dalej: aZPO).

⁹³ E.M Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 88 i 259.

⁹⁴ Tak też C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 95. Jak wskazuje wprost H. Dolinar, wyrok częściowy jest wyrokiem warunkowym (*Vorbehalturteil*), gdyż pozytywne rozstrzygnięcie o żądaniu pozwu musi nastąpić zawsze z zastrzeżeniem rozstrzygnięcia o wierzytelności wzajemnej pozwanego, a więc ewentualnych skutków potrącenia w wyroku końcowym; zob. H. Dolinar: *Zivilprozessrecht...*, *op. cit.*, s. 128. W.H. Rechberger i D.A. Simotta podnoszą ponadto, że wyrok warunkowy powinien zastrzegać, że rozstrzygnięcie o kosztach całości postępowania nastąpi w wyroku końcowym; W.H. Rechberger, D.A. Simotta: *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 385. Podobnie jak w prawie niemieckim, na podstawie § 392 ust. 1 a.ZPO, z punktu widzenia zaskarżalności i wykonalności, wyrok częściowy traktowany jest tak jak wyrok końcowy. Inaczej však niż na gruncie § 302 n.ZPO, uwzględnienie zarzutu potrącenia w wyroku końcowym nie prowadzi do uchylecia wyroku częściowego uwzględniającego żądanie pozwu, lecz do stwierdzenia w tym wyroku, że roszczenie zasądzone wyrokiem częściowym wskutek potrącenia wygasło; zob. W.H. Rechberger, D.A. Simotta: *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 386.

⁹⁵ Tak m.in. S. Dullinger: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 91 i n.; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 96.

⁹⁶ Tak m.in. H. Koziol, I. Griss: komentarz do § 1438 ABGB (w:) *Kurzkommentar zum ABGB...*, *op. cit.*, Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinsky, R. Bollenberger, s. 1704, nb 7; W.H. Rechberger, D.A. Simotta: *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 385; S. Dullinger: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 192.

wierzytelności niepozostające w prawnym związku (*rechtliche Zusammenhang*)⁹⁷, uznaje się niekiedy, że dla wierzytelności niepowiązanych, nominalnie materialnoprawny (lecz funkcjonalnie procesowy) wymóg płynności wywodzony z przesłanki „prawidłowości” wierzytelności potrącającej (§ 1438 i 1439 ABGB) pozostaje aktualny⁹⁸. Zdecydowanie przeważa jednak pogląd przeciwny, zgodnie z którym wymóg płynności wierzytelności ma jedynie procesowe znaczenie i w związku z tym nie stanowi materialnoprawnej przesłanki potrącenia⁹⁹. W tym kontekście podnosi się w szczególności, że nieścisłość oraz pewien subiektywizm pojęcia płynności wierzytelności jako przesłanki potrącenia godzi w pewność i przewidywalność stosowania prawa oraz istotnie ogranicza praktyczną przydatność jednostronnego potrącenia w obrocie prawnym¹⁰⁰.

Podobnie jak w prawie niemieckim (§ 322 ust. 2 n.ZPO), § 411 ust. 1 zd. 2 a.ZPO przewiduje objęcie prawomocnego merytorycznego rozstrzygnięcia o zarzucie potrącenia powagą rzeczy osądzonej, co skutkuje definitywnym przesądzeniem sporu stron odnośnie do obu przeciwstawnych wierzytelności.

V. NOWSZE TENDENCJE LEGISLACYJNE W OBCYCH PORZĄDKACH PRAWNYCH ORAZ MIĘDZYNARODOWYCH INSTRUMENTACH HARMONIZACJI PRAWA PRYWATNEGO

1. PRZESŁANKA PŁYNNOŚCI W PRAWIE HOLENDERSKIM

Nowy holenderski kodeks cywilny przyjął potrącenie na podstawie oświadczenia woli z mocą *ex tunc*¹⁰¹. Na gruncie tego aktu płynność wierzytelności nie stanowi materialnoprawnej przesłanki potrącenia¹⁰². Równocześnie jednak, w ra-

⁹⁷ Przez adekwatny związek prawny pomiędzy wierzytelnościami rozumie się ich wynikanie z tego samego stosunku prawnego, tej samej podstawy prawnej lub jednolitego stanu faktycznego; zob. W.H. Rechberger, D.A. Simotta: *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 385.

⁹⁸ Tak M. Slonina: *Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 409; E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 259.

⁹⁹ Tak w szczególności: I. Reiterer: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 38 i n.; P. Rummel: komentarz do § 1438 ABGB (w:) *Kommentar...*, *op. cit.*, Hrsg. P. Rummel, s. 2783, nb 4; *idem*: komentarz do § 1439 ABGB, s. 2796–2797, nb 6; S. Dullinger: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 90; I. Griss wskazuje, że w praktyce orzeczniczej przesłanka płynności wierzytelności pozostaje aktualna jedynie w wypadku potrącenia wierzytelności prywatnoprawnej z publicznoprawną (rzecz jasna odnośnie do zgłaszanej do potrącenia wierzytelności prywatnoprawnej); zob. I. Griss: komentarz do § 1439 ABGB (w:) *Kurzkomentar zum ABGB...*, *op. cit.*, Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinsky, R. Bollenberger, s. 1705, nb 2.

¹⁰⁰ Tak m.in. S. Dullinger: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 92; C. Koller: *Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 37.

¹⁰¹ W literaturze holenderskiej zob. monografię N.E.D. Faber: *Verrekening*, Deventer 2005. W piśmiennictwie niemieckojęzycznym potrąceniu w prawie holenderskim sporo uwagi poświęciła E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 263–264. W literaturze anglojęzycznej zob. m.in. R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 18 i n.; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 205–206.

¹⁰² Zob. N.E.D. Faber: *Verrekening...*, *op. cit.*, s. 96 i n. W literaturze niemieckiej E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 107 i n. W literaturze anglojęzycznej zob. uwagi R. Zimmermanna: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 54–56.

mach materialnoprawnej regulacji tej instytucji w art. 6:136 NBW, ustawodawca holenderski wprowadził jawnie procesowy instrument realizujący funkcję przypisywaną wymogowi płynności wierzytelności w tych systemach prawnych, w których wymaganie to występowało lub dalej występuje jako przesłanka materialnoprawna.

Zgodnie z powyższym przepisem, pomimo zarzutu potrącenia zgłoszonego przez pozwanego, sędzia może uwzględnić powództwo bez jego badania, jeżeli zasadność tego zarzutu nie może być w sposób łatwy ustalona, a żądanie pozwu (w braku zarzutu potrącenia) zasługiwałoby na uwzględnienie¹⁰³. Innymi słowy, jeżeli roszczenie pozwu zostanie przez sąd ustalone, zaś rozstrzygnięcie o wierzytelności wzajemnej pozwanego nastęczałoby trudności, w tym zwłaszcza spowodowało istotne przedłużenie procesu, sąd jest uprawniony, wedle swego uznania, całkowicie pominąć zarzut potrącenia, traktując potrącenie *per non est*. W takim wypadku pozwany będzie miał możliwość dochodzenia swojego roszczenia w osobnym procesie, tak jakby potrącenie nigdy nie miało miejsca (nie zostało dokonane i nie wywołało związanych z nim skutków).

Uprawnienie sędziego do pominięcia zarzutu potrącenia nienadającego się do sprawnego rozstrzygnięcia stanowi zatem instrument sędziowskiego kierownictwa postępowaniem, służący zapewnieniu sprawności postępowania¹⁰⁴. Skorzystanie przez sąd z tego szczególnego środka dyskrecyjnej władzy sędziowskiej prowadzi przy tym do głębokiej ingerencji w sferę stosunków materialnoprawnych, niewzając skutki potrącenia, które potencjalnie, z punktu widzenia wymogów prawa materialnego (nieobejmujących przesłanki płynności), mogło być w pełni skuteczne. Rozwiązanie to jest zatem zdecydowanie dalej idące niż przewidziana w prawie niemieckim konstrukcja wyroku warunkowego (względnie austriacki wyrok częściowy)¹⁰⁵. Jego zastosowanie nie oznacza bowiem li tylko udzielenia powodowi warunkowej i potencjalnie tymczasowej ochrony prawnej z przesunięciem roz-

¹⁰³ N.E.D. Faber: *Verrekening...*, *op. cit.*, s. 96.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 98–99; R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 55.

¹⁰⁵ Wprowadzenie konstrukcji wyroku warunkowego na wzór § 302 n.ZPO było proponowane w pierwotnym projekcie nowego kodeksu autorstwa E.M. Meijersa. Odrzucając to rozwiązanie, zwrócono uwagę na jego wadę polegającą na generowaniu w stosunkach prawnych pomiędzy powodem a pozwanym w okresie pomiędzy wydaniem wyroku warunkowego a prawomocnym zakończeniem następczego postępowania, swoistego stanu niepewności prawnej wynikającego z udzielenia powodowi tymczasowej ochrony (w tym możliwości dochodzenia egzekucyjnego zaspokojenia warunkowo zasądzonych świadczenia „na własne ryzyko” powoda, bo z zastrzeżeniem roszczenia pozwanego o zwrot nienależnego świadczenia oraz naprawienie szkody wyrządzonej pozwanemu, w wypadku ostatecznego uchylecia wyroku warunkowego w wyroku końcowym ustalającym skuteczność potrącenia; zob. N.E.D. Faber: *Verrekening...*, *op. cit.*, s. 97–98. Krytykę tę podzielił R. Zimmermann, optując za rozwiązaniem opartym na prawie holenderskim w ramach regulacji potrącenia w PECL; zob. R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 54. Mechanizm przewidziany w art. 6:136 NBW istotnie likwiduje ten problem, przewidując możliwość definitywnego rozstrzygnięcia o wierzytelności powoda z całkowitym zniweczeniem potrącenia. Jego cena jest jednak bardzo duża i jak się wydaje, trudna do zaakceptowania. Jest nią bowiem powstanie stanu niepewności co do skutków potrącenia od momentu złożenia oświadczenia o potrąceniu, aż do chwili prawomocnego zakończenia sprawy, a w konsekwencji również ograniczenie praktycznej przydatności instytucji potrącenia jako takiej.

strzygania o zarzucie potrącenia na dalszy etap postępowania, lecz wiąże się z całkowitym zniweczeniem ewentualnych skutków potrącenia na mocy uznaniowej decyzji sądu.

W uzasadnieniu do projektu NBW wskazano przy tym, że wprowadzenie powyższej regulacji przekształca przesłankę płynności w swoisty środek sędziowskiej korektury, którego zastosowanie jest zasadne w szczególności w tych wypadkach, w których odstąpienie od rozpoznania zarzutu potrącenia w procesie jest uzasadnione względami słuszności oraz dobrej wiary¹⁰⁶. Będzie tak zwłaszcza wówczas, gdy okoliczności sprawy wskazują na podniesienie zarzutu potrącenia w złej wierze, a więc w celu przedłużenia procesu, w tym w szczególności (lecz niekoniecznie) dla szykany powoda. Przepis ten pozwala sądowi ubezskutecznić tego rodzaju działania. Co również charakterystyczne, ustawodawca holenderski nie zdecydował się na wprowadzenie kryterium prawnego związku pomiędzy wierzytelnościami (w szczególności wyrażającego się w ich wynikaniu z tego samego stosunku prawnego albo stosunków prawnych pozostających w ścisłym związku) jako elementu wyłączającego możliwość pominięcia przez sąd potrącenia (*ergo* obligującego sąd do rozpoznania tego zarzutu). Decyzja ta była podyktowana przekonaniem, że okoliczność ta (jako jedna z wielu) może być zawsze wzięta przez sąd pod rozwagę przy ocenie celowości skorzystania z uprawnienia statuowanego w art. 6:136 NBW i w związku z tym jej szczególne wyeksponowanie nie jest uzasadnione¹⁰⁷.

2. PRZESŁANKA PŁYNNOŚCI W PICC I PECL

Zarówno w PICC, jak i PECL przyjęto podobny model potrącenia na mocy oświadczenia woli ze skutkiem *ex nunc*¹⁰⁸. Jak zostanie poniżej nakreślone, również problem wymogu płynności wierzytelności został w tych aktach rozwiązany w zbliżony sposób.

Materialnoprawne przesłanki potrącenia zostały unormowane w art. 8.1 PICC. Zgodnie z ust. 1 lit. b tego artykułu, gdy dwie strony są sobie wzajemnie dłużne pieniądze lub inne świadczenia tego samego rodzaju, każda z nich może potrącić swoje zobowiązanie z zobowiązaniem drugiej strony, jeżeli w czasie potrącenia zobowiązanie drugiej strony jest ustalone co do zasady i co do wysokości oraz wymagalne. Stosownie przy tym do ust. 2 tego artykułu, jeżeli wzajemne zobowiązania

¹⁰⁶ N.E.D. Faber: *Verrekening...*, *op. cit.*, s. 96. R. Zimmermann odwołuje się w tym zakresie również do swoistej przewidywalności gospodarczej jako istotnego elementu kształtującego pewność prawa i bezpieczeństwo obrotu: jeżeli wierzyciel dysponuje ustaloną lub łatwą do ustalenia wierzytelnością, jej dochodzenie nie powinno być wstrzymywane przez zgłoszenie przez dłużnika do potrącenia wierzytelności niepewnej i budzącej wątpliwość; R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 56.

¹⁰⁷ Zob. N.E.D. Faber: *Verrekening...*, *op. cit.*, s. 103.

¹⁰⁸ Zob. art. 8.3–8.5 PICC oraz art. 13:104 i 13:106 PECL. Tak też Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — Draft Common Frame of Reference (dalej: DCFR) — DCFR.III.–6:105.

stron wynikają z tej samej umowy, strona może dokonać potrącenia pomimo braku ustalenia jej wierzytelności co do zasady i co do wysokości.

W myśl natomiast art. 13:102 ust. 1 PECL¹⁰⁹ dłużnik nie może potrącić wierzytelności nieustalonej co do istnienia lub jej wysokości, chyba że potrącenie nie narusza interesu drugiej strony. Ustęp 2 tego przepisu wprowadza wzruszalne domniemanie prawne, zgodnie z którym potrącenie nie sprzeciwia się interesowi wierzyciela (stronie pasywnej potrącenia), jeżeli wzajemne wierzytelności stron wynikają z tego samego stosunku prawnego.

Rozwiązania przyjęte w tych aktach noszą zatem znamiona materialnoprawnego (przynajmniej nominalnie) unormowania przesłanki płynności wierzytelności czynnej (przedstawionej do potrącenia przez dłużnika), o wybitnie procesowym przeznaczeniu i funkcji¹¹⁰. Wspólnym *novum* obu regulacji jest wyraźne odniesienie wymogu płynności wyłącznie do wierzytelności potrącającej (czynnej), jak również zastąpienie niejasnego pojęcia płynności jako dodatniej przesłanki potrącenia (względnie braku płynności jako przesłanki negatywnej) opisową, acz syntetyczną formułą „wierzytelności ustalonych (lub nieustalonych) co do istnienia lub co do wysokości” (*(un)ascertained as to its existence and amount*).

Elementem łączącym obie regulacje jest również znaczenie przypisywane wynikaniu obu wierzytelności z tego samego stosunku prawnego jako kryterium umożliwiającego przedstawienie do potrącenia wierzytelności pozbawionej cechy płynności rozumianej w powyższy sposób — w PICC w formie wyłączenia zakazu potrącenia, w PECL w postaci podstawy prawnego domniemanie zgodności potrącenia z interesem strony pasywnej potrącenia, a w konsekwencji również dopuszczalności potrącenia wierzytelności nieustalonej co do zasady lub wysokości.

Rozwiązaniem oryginalnym i swoistym dla PECL jest natomiast odwołanie się do zgodności z interesem strony przeciwnej (pasywnej strony potrącenia) jako przesłanki wyłączającej zakaz przedstawienia do potrącenia wierzytelności nieustalonej co do zasady lub wysokości. Interes wierzyciela, wobec którego składane jest oświadczenie o potrąceniu, jest zatem na gruncie PECL ogólnym kryterium decydującym o dopuszczalności potrącenia wierzytelności pozbawionej waloru płynności. W wypadku sporu ocena zgodności potrącenia z interesem strony pasywnej należy

¹⁰⁹ Identycznie DCFR.III.–6:103.

¹¹⁰ Oficjalny komentarz (pkt B) do art. 13:102 PECL wskazuje wyraźnie, że wymóg płynności wierzytelności potrącającej, w przeciwieństwie do przesłanek potrącenia wskazanych w art. 13:101 PECL (wzajemność, jednorodność, zaskarżalność i wymagalność wierzytelności aktywnej, spełnialność wierzytelności pasywnej), ma charakter procesowy, a nie materialnoprawny. Materialnoprawny charakter tego wymogu na gruncie PECL kwestionują również wyraźnie A.M. Fleckner i E.M. Berling, dostrzegając w nim li tylko element środka sędziowskiej korektury zbliżony do art. 6:136 NBW; zob. A.M. Fleckner (w:) *Commentaries...*, *op. cit.*, eds. N. Jansen, R. Zimmermann, s. 1789 i 1793; E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 263 i n. Biorąc wszak pod uwagę językowo-logiczną wykładnię przepisu oraz jego usytuowanie wśród norm regulujących potrącenie jako instytucję prawa umów, pogląd tych autorów nie przekonuje. Znamienne jest zresztą, że odnośnie do art. 8.1 ust. 1 lit. b PICC, który konstrukcyjnie (na bardzo ogólnym poziomie analizy) nie odbiega od art. 13:102 ust. 1 PECL, autorzy ci wyraźnie przyznają materialnoprawny charakter przesłanki płynności.

oczywiście do sądu rozpoznającego sprawę poddaną pod jego osąd, co wobec nieostrego charakteru tej przesłanki (jedna z podstawowych, a zarazem najbardziej spornych klauzul generalnych w prawoznawstwie i poszczególnych dogmatykach prawniczych) pozostawia znaczne pole swobody sędziowskiemu uznaniu, przyczyniając się tym samym do powstania stanu niepewności prawnej co do materialnoprawnej skuteczności oświadczenia o potrąceniu, aż do czasu prawomocnego zakończenia sprawy.

VI. PRZESŁANKA PŁYNNOCI A ART. 203¹ K.P.C.

Zgodnie z art. 203¹ § 1 k.p.c. wprowadzonym na mocy ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. z dniem 7 listopada 2019 r. podstawą zarzutu potrącenia może być tylko wierzytelność pozwanego z tego samego stosunku prawnego co wierzytelność dochodzona przez powoda, chyba że wierzytelność pozwanego jest niesporna lub uprawdopodobniona dokumentem nie pochodzącym wyłącznie od pozwanego¹¹¹. Skonfrontowanie powyższego rozwiązania z dokonanymi uprzednio ustaleniami co do znaczenia oraz funkcji wymogu płynności wierzytelności uzasadnia pogląd, że stanowi ono, ni mniej, ni więcej, właśnie swoistą formę wprowadzenia tej przesłanki na płaszczyźnie prawoprosesowej, z wyłączeniem jej stosowania w stosunku do wierzytelności wynikających z tego samego stosunku prawnego.

Regulacja ta — pomimo klarownego usytuowania osobliwie sformułowanego wymogu płynności (*verbatim* płynna jest wierzytelność niesporna lub uprawdopodobniona dokumentem nie pochodzącym wyłącznie od pozwanego) w obszarze prawa procesowego, a nie materialnego — przypomina zatem najmocniej rozwiązanie zawarte w art. 8.1 lit. b PICC¹¹².

¹¹¹ Na temat tego rozwiązania na tle dotychczasowego stanu prawnego szczegółowo zob. również A. Olaś: *Dopuszczalność zarzutu potrącenia w postępowaniu cywilnym — uwagi na tle projektu Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r.*, Polski Proces Cywilny (dalej: PPC) 2018, nr 2, s. 143 i n.; Ł. Błaszczak słusznie kwalifikuje treść przepisu jako normę kompetencyjną; zob. Ł. Błaszczak: *Zarzut potrącenia w procesie cywilnym (art. 203¹ k.p.c.)*, Warszawa 2019, s. 128 i n. Wbrew jednak stanowisku tego autora norma ta nie kreuje uprawnienia do podniesienia zarzutu potrącenia w procesie (i tym samym do procesowego kształtowania wyniku postępowania) — uprawnienie to ma bowiem charakter pierwotny względem przedmiotowej normy, wynikając z prawa do obrony pozwanego w postępowaniu oraz norm prawa materialnego kreujących podmiotowe prawo kształtujące w postaci potrącenia. Przepis ten jedynie reglamentuje uprawnienie do skorzystania z zarzutu w procesie, określając przesłanki (reguły kompetencyjne) warunkujące możliwość zastosowania tego środka, surowsze aniżeli ogólne reguły dotyczące zgłaszania przez strony twierdzeń (w tym twierdzeń obronnych, a więc zarzutów) w postępowaniu.

¹¹² Ze względu na występujące w polskiej doktrynie i orzecznictwie wątpliwości co do znaczenia pojęcia zarzutu potrącenia, możliwa jest wykładnia, wedle której przepis ten dotyczy wyłącznie zarzutu potrącenia *sensu stricto*, a więc opartego na oświadczeniu o potrąceniu złożonym w procesie wraz z podniesieniem tego zarzutu, a nie zarzutu potrącenia *sensu largo*, tj. żądania oddalenia powództwa ze względu na umorzenie wierzytelności powoda wskutek potrącenia dokonanego przed wytoczeniem powództwa (tudzież poza procesem); na temat tego pojęciowego sporu zob. A. Olaś: *Dopuszczalność zarzutu...*, *op. cit.*, s. 146–151, oraz powołana tam literatura i orzecznictwo. W takim wypadku dopuszczalne byłoby twierdzenie, że zawarta w tym przepisie regulacja ma

Co do motywów tego rozwiązania wątpliwości nie pozostawia sam projektodawca, który odnosząc się do problemu nadużycia zarzutu potrącenia na gruncie dotychczasowego stanu prawnego, wskazał, że zarzut potrącenia „[...] nader często stanowi jedynie wybieg procesowy pozbawiony podstawy faktycznej. Broniący się pozwany w braku innych zarzutów oświadcza, że wierzytelność, której odeń żąda powód, została zaspokojona poprzez potrącenie jej z inną wierzytelnością wzajemną. Wtedy sąd musi najpierw skłonić pozwanego do udzielenia jakichkolwiek wiadomości o tym potrąceniu i jego podstawach, a następnie przeprowadzić w tym zakresie postępowanie dowodowe — zaś pozwany stara się, by trwało ono jak najdłużej. Bezpodstawność takiego zarzutu zostaje z reguły ostatecznie zdemaskowana — ale skutek, w postaci zwłoki w postępowaniu, a tym samym odwleczeniu obowiązku zapłaty, zostaje osiągnięty”¹¹³. Cel regulacji ograniczającej możliwość podnoszenia tego zarzutu obliczony jest zatem wprost na stworzenie bariery zapobiegającej (utrudniającej) jego nadużywaniu¹¹⁴. W tym zatem ujęciu powyższa regulacja wpisuje się w zasadnicze cele całego projektu, związane z dążeniem do usprawnienia postępowania cywilnego, w tym w szczególności za pomocą instru-

jedynie to znaczenie, że wprowadza dodatkowe ograniczenia dopuszczalności potrącenia w toku procesu, niejako uzupełniające materialnoprawne przesłanki potrącenia zawarte w art. 498 i n. k.c. Koncepcja ta prowadziłyby jednak do istotnego ograniczenia zdolności analizowanego przepisu do realizacji założonego przez ustawodawcę celu, wyłączając spod zakresu zastosowania normy zarzuty pozwane oparte na oświadczeniu o potrąceniu złożonym przed wytoczeniem powództwa (a w skrajnej interpretacji również zarzut oparty na potrąceniu dokonanym w trakcie trwania procesu, lecz poza jego ramami, a więc w ramach oświadczenia adresowanego bezpośrednio do powoda z pominięciem sądu). Wykładnia ta — jako sprzeczna z celem przepisu oraz nieprzekonująca dogmatycznie — nie zasługuje zatem na uwzględnienie. Na negatywne konsekwencje przyjęcia wąskiego rozumienia pojęcia zarzutu potrącenia, w kontekście zastosowania przepisów proceduralnych zmierzających do usprawnienia postępowania oraz zapobieżenia nadużywaniu tego zarzutu, w nauce austriackiej na gruncie § 391 ust. 3 a.ZPO uwagę zwrócili, wskazując zwłaszcza, że koncepcja ta pozbawia tę regulację skuteczności, umożliwiając jej dowolne obchodzenie przez pozwanego; P. Rummel: komentarz do § 1438 ABGB (w:) *Kommentar...*, *op. cit.*, Hrsg. P. Rummel, s. 2783, nb 5; S. Dullinger: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 192. Należy niemniej mieć na względzie, że koncepcja rozgraniczenia procesowego zarzutu potrącenia w sensie ścisłym od zarzutu umorzenia wierzytelności powoda wskutek przedprocesowego potrącenia, a w konsekwencji również ograniczenie zastosowania procesowych instrumentów służących ograniczeniu nadużycia zarzutu potrącenia do pierwszej grupy przypadków, jest żywa także w nauce austriackiej. Tak zwłaszcza W.H. Rechberger i D.A. Simotta, według których § 391 ust. 3 i § 411 ust. 1 zd. 2 a.ZPO znajduje zastosowanie wyłącznie do procesowego zarzutu potrącenia w znaczeniu ścisłym; zob. W.H. Rechberger, D.A. Simotta: *Grundriss...*, *op. cit.*, s. 380 i 385. Tak też uprzednio H.W. Fasching: *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Band 3, *Zivilprozessordnung: §§ 226–460*, Wien 1966, s. 574 i n. Stanowisko to zdaje się konsekwencją procesowej teorii zarzutu potrącenia przyjmowanej (w wyrafinowanej postaci) przez wymienionych wyżej autorów. Przyjęcie teorii materialnoprawnej (dominującej w nauce niemieckiej) czyni rozróżnienie pomiędzy procesowym zarzutem potrącenia a zarzutem wygaśnięcia wierzytelności powoda wskutek potrącenia dokonanego poza procesem prawnie nerelevantnym. Na temat materialnoprawnej, procesowej i mieszanej teorii zarzutu potrącenia w polskiej literaturze zob. A. Torbus: *Procesowy zarzut potrącenia* (w:) *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiolkowi*, pod red. M. Jagielskiej, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunara, Warszawa 2017, s. 1266–1270; A. Ołaś: *Zakres uprawnienia do zgłoszenia zarzutu potrącenia w procesie cywilnym w ujęciu podmiotowym*, PPC 2019, nr 4, s. 433–439.

¹¹³ Zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27 listopada 2017 r., s. 162; <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/12305652/12474240/12474241/dokument318937.pdf>.

¹¹⁴ *Ibidem*, s. 162. Tak też Ł. Błaszczak: *Zarzut potrącenia...*, *op. cit.*, s. 13–14 i 69.

mentów służących przeciwdziałaniu nadużyciu uprawnień procesowych¹¹⁵. Oddając raz jeszcze głos projektodawcy, wskazane powyżej ograniczenia mają pozwolić: „[...] uniknąć poszerzania procesu o badanie stosunków prawnych zupełnie nie związanych z tym stosunkiem prawnym, z którego powód wywodzi swe roszczenia i który stanowi zasadniczy przedmiot rozpoznania w procesie. Zgłoszenie zarzutu opartego na wierzytelności nie spełniającej żadnego z tych wymagań będzie skutkować bezskutecznością zarzutu i jego nieuwzględnieniem w rozstrzygnięciu. Sąd w wyroku kończącym proces nie rozstrzyga odrębnie o zasadności tego zarzutu, więc jego nieuwzględnienie nie rodzi powagi rzeczy osądzonej i nie pozbawia pozwanego prawa do dochodzenia jego wierzytelności w innym procesie, na zwykłych zasadach”¹¹⁶.

Oczywistą wadą wprowadzonego rozwiązania na tle modelu niemieckiego jest brak dostatecznej elastyczności. O ile bowiem prawodawca niemiecki wyposażył sędziego w instrument pozwalający na optymalne ukształtowanie toku procesu obejmującego rozstrzygnięcie o zarzucie potrącenia, bez wskazywania ścisłych (w tym zwłaszcza wiążących sąd) kryteriów decydujących o zastosowaniu wyroku warunkowego (poprzedzonego lub nie rozdzieleniem rozprawy co do wierzytelności powoda i pozwanego), o tyle nowo wprowadzony art. 203¹ § 1 k.p.c. zakłada, że w wypadku, w którym potrąceniem, na które powołuje się pozwany w procesie, objęta jest sporna pomiędzy stronami wierzytelność wzajemna pozwanego wynikająca z innego stosunku prawnego niż wierzytelność powoda, nieuprawdopodobniona dokumentem nie pochodzącym wyłącznie od pozwanego, zarzut potrącenia jest

¹¹⁵ Na temat istoty nadużycia uprawnień procesowych w postępowaniu cywilnym zob. K. Piasecki: *Nadużycie praw procesowych przez strony*, Palestra 1960, z. 11, s. 20 i n.; K. Osajda: *Nadużycie prawa w procesie cywilnym*, Przegląd Sądowy (dalej: PS) 2005, nr 3, s. 47 i n.; T. Cytowski: *Procesowe nadużycie prawa*, PS 2005, nr 5, s. 81 i n.; A. Torbus: *Zawezwanie do próby ugodowej w postępowaniu pojednawczym a problem nadużycia prawa* (w:) *Jus et remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, pod red. A. Jakubeckiego, J.A. Strzępki, Warszawa 2010, s. 605 i n.; A. Łazarska: *Zaufanie jako kategoria prawna w procesie cywilnym*, PPC 2011, nr 2, s. 44 i n.; M.G. Plebanek: *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012; A. Kubas: *Nadużycie prawa procesowego — próba oceny ostatnich zmian legislacyjnych*, Palestra 2019, z. 11–12, s. 165 i n.; K. Weitz: *Nadużycie „prawa” procesowego cywilnego*, PPC 2020, nr 1, s. 7 i n.; P. Rylski: *O potrzebie definicji nadużycia prawa procesowego na gruncie art. 41 k.p.c.* (w:) *Reforma czy kolejna nowelizacja? Uwagi na tle ustawy z 4.7.2019 r. zmieniającej k.p.c.*, pod red. P. Rylskiego, Warszawa 2020, s. 1 i n. W literaturze wskazuje się często, że instytucja ta na podstawie art. 4¹ k.p.c. dodanego z dniem 7 listopada 2019 r. na mocy nowelizacji k.p.c. z 4 lipca 2019 r. — wraz z zawartą w tym przepisie definicją legalną nadużycia prawa procesowego — po raz pierwszy uzyskała w polskim prawie procesowym pełne „prawo obywatelstwa”. Trafne wydaje się jednak zapatrywanie przeciwne, tj. że zakaz nadużywania uprawnień procesowych należało wywodzić wprost z zawartej w art. 3 k.p.c. procesowej klauzuli dobrych obyczajów. Na temat zawartej w art. 4¹ klauzuli nadużycia uprawnień procesowych oraz jej relacji do obowiązku dokonywania czynności procesowych zgodnie z dobrymi obyczajami, o którym mowa w art. 3 k.p.c., w brzmieniu nadanym z dniem 3 maja 2012 r. na mocy nowelizacji k.p.c. z 16 września 2011 r., zob. m.in. T. Ereciński: *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym. Tezy i propozycje do dyskusji* (w:) *Nadużycie prawa procesowego cywilnego*, pod red. P. Grzegorzcyka, M. Walasika, F. Zedlera, Warszawa 2019, s. 11 i n.; J. Gudowski: *Nadużycie prawa procesowego cywilnego w postępowaniu rozpoznawczym (in ampliore contextu)* (w:) *Nadużycie prawa... op. cit.*, s. 19 i n.; Ł. Błaszczak: *Nadużycie prawa procesowego w postępowaniu arbitrażowym*, Warszawa 2018, rozdział I, § 1; A. Kubas: *Nadużycie... op. cit.*, s. 170 i n.; K. Weitz: *Nadużycie... op. cit.*, s. 12 i n.; P. Rylski: *O potrzebie... op. cit.*, s. 3 i n.

¹¹⁶ Uzasadnienie projektu, s. 162–163.

bezwzględnie niedopuszczalny, a zatem sąd nie może uwzględnić materialnoprawnych skutków potrącenia, choćby w okolicznościach konkretnej sprawy ustalenie wiarytelności wzajemnej pozwanego za pomocą innych niż dokumenty środków dowodowych nie nastręczało istotnych trudności i nie wiązało się z istotnym przedłużeniem postępowania.

Wprowadzone rozwiązanie, inaczej niż instrument w postaci wyroku warunkowego, w wypadku ziszczenia się projektowanych przesłanek wykluczających dopuszczalność zarzutu potrącenia, uniemożliwia zatem kompleksowe załatwienie sprawy cywilnej w jednym postępowaniu, „zmuszając” pozwanego zainteresowanego umorzeniem wiarytelności powoda w drodze kompensaty z przysługującą mu wiarytelnością wzajemną zdatną na gruncie prawa materialnego do potrącenia, lecz wynikającą z innego stosunku prawnego oraz pozbawioną swoiście zdefiniowanej cechy płynności, do wytoczenia powództwa opozycyjnego, o którym mowa w art. 840 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.c. w brzmieniu nadanym na mocy nowelizacji k.p.c. z 4 lipca 2019 r.¹¹⁷ Wbrew procesowej funkcji zarzutu potrącenia, który służyć ma zapewnieniu ekonomii procesowej, dochodzi zatem do zbytecznego mnożenia procesów pomiędzy tymi samymi stronami¹¹⁸. Ograniczając zagrożenie nadużywaniem zarzutu potrącenia dla przewłoki postępowania, równocześnie rozwiązanie to redukuje możliwość skorzystania z niego zgodnie z jego celem i funkcją. Zarzut ten winien bowiem pozwalać na kompleksowe uregulowanie sytuacji prawnej dwóch podmiotów pozostających wzajemnie w relacji dłużnik–wierzyciel, a tym samym umożliwiać likwidację całości społecznego konfliktu w jednym postępowaniu, co pozostaje w zgodności z dobrze pojętym interesem stron oraz wymiaru sprawiedliwości, przeciwstawiającym się zbędnemu mnożeniu postępowań¹¹⁹.

Słuszna zatem jawi się podnoszona w niektórych opiniach do projektu zgłoszonych w ramach prac legislacyjnych uwaga, że wykluczenie *a limine* wielu zarzutów potrącenia jako niedopuszczalnych w oparciu o projektowane przepisy

¹¹⁷ Aby usunąć istniejące *legis latae* wątpliwości co do dopuszczalności oparcia powództwa o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego na zarzucie potrącenia, którego skuteczne podniesienie w ramach postępowania rozpoznawczego poprzedzającego wydanie tego tytułu z przyczyn procesowych nie było możliwe, w ramach nowelizacji k.p.c. z 4 lipca 2019 r. uzupełniono art. 840 § 1 pkt 2 k.p.c. o wzmiankę o tym zarzucie. Szerzej na temat celów i konsekwencji tej zmiany zob. A. Olaś: *Zakres uprawnień...*, *op. cit.*, s. 447–455.

¹¹⁸ Tak też już na tle uchwalonego art. 203¹ k.p.c. A. Torbus, wskazując na iluzoryczność korzyści wynikających z wprowadzonej zmiany. Zdaniem autora „z punktu widzenia efektywności postępowania cywilnego przyspieszenie postępowania procesowego odbywa się kosztem wszczynania kolejnego postępowania”, w rezultacie czego „[...] mamy do czynienia z pozornym zabiegiem legislacyjnym”; zob. A. Torbus: komentarz do art. 203¹ k.p.c. (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. 1, pod red. T. Zembrzuskiego, Warszawa 2019, nb 38. Co przy tym interesujące, przedstawiciele obcej doktryny prawa prywatnego i komparatystyki prawniczej dążenie do unikania mnożenia postępowań sądowych (*avoid circuitry of action and multiplicity of suits*) traktują jako zasadniczy cel instytucji potrącenia jako takiej, co oczywiście wydaje się daleko idącym uproszczeniem oraz pomieszczeniem różnych płaszczyzn; tak m.in. R. Zimmermann: *Comparative...*, *op. cit.*, s. 35, 39, *passim*.

¹¹⁹ Tak m.in. J. Krajewski: *Z zagadnień potrącenia w procesie cywilnym*, Palestra 1972, z. 4, s. 4; A. Kuźniar: *Funkcje zarzutu potrącenia w procesie cywilnym*, Palestra 1976, z. 4–5, s. 35 i n.

skróci wprawdzie czas danego postępowania, pozwalając na szybsze rozstrzygnięcie objętej nim sprawy, niemniej niejednokrotnie spowoduje ono, że pozwany, któremu przysługuje (wedle jego przekonania) wierzytelność, która w świetle przesłanek materialno-prawnych jest zdalna do potrącenia, nie mogąc podnieść tego zarzutu w toczącym się postępowaniu, a zatem zrealizować swojej wzajemnej pretensji w (obiektywnie) najbardziej efektywny (także pod względem kosztowym) sposób, a zarazem nie mogąc (np. ze względu na przesłankę czasową) już wytoczyć powództwa wzajemnego, będzie musiał skorzystać z powództwa opozycyjnego na dalszym etapie lub wystąpić z powództwem o świadczenie w odrębnym postępowaniu¹²⁰. Powyższe może zatem istotnie oznaczać zwiększenie, a nie ograniczenie liczby spraw wpływających do sądu¹²¹. Równocześnie w projekcie nie zdecydowano się na wzór § 322 ust. 2 n.ZPO i § 411 ust. 1 zd. 2 a.ZPO na przypisanie merytorycznemu rozstrzygnięciu o zarzucie potrącenia skutku w postaci powagi rzeczy osądzonej. Oznacza to, że w wypadku nieuwzględnienia przez sąd w prawomocnym wyroku kończącym postępowanie w sprawie — procesowo dopuszczalnego zarzutu potrącenia, wskutek niewykazania przez pozwanego wierzytelności zgłoszonej do potrącenia, w dalszym ciągu brak będzie definitywnego przesądzenia sporu o istnienie tej wierzytelności, pozostawiając tym samym pozwanemu możliwość jej dochodzenia w osobnym procesie. W tym zakresie rozwiązanie to z całą pewnością

¹²⁰ Tak: Opinia Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych w przedmiocie ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (projekt z 27 grudnia 2017 r.), z 18 grudnia 2017 r., s. 17; podobnie: Opinia Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej do projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 27 listopada 2017 r., pismo Prezesa PG RP z dnia 15 grudnia 2017 r. znak KR-51-1172/17/MSI.W38683/17, s. 8. Podobnie, choć jeszcze bardziej stanowczo, Opinia Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks Postępowania Cywilnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 27 listopada 2017 r., s. 30–31. Tego rodzaju krytyka była artykułowana w literaturze wcześniej także pod adresem ograniczenia dopuszczalności zarzutu potrącenia w postępowaniu w sprawach gospodarczych (art. 479¹⁴ § 4 k.p.c.). Zob. przykładowo uwaga M. Manowskiej, zdaniem której „[...] względy szybkości postępowania nie powinny wyprzedzać realizacji celu procesu cywilnego, jakim jest rozstrzygnięcie sporu, a nie tylko załatwienie sprawy”, zwłaszcza gdy próba przyspieszenia jednego postępowania może doprowadzić do wszczęcia kolejnych postępowań w sprawie, która mogła zostać kompleksowo załatwiona poprzez rozpoznanie zarzutu potrącenia; M. Manowska: *Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2008, s. 172. Tak też na tle uchwalonego art. 203¹ k.p.c. A. Torbus: komentarz do art. 203¹ k.p.c. (w:) *Kodeks...*, t. 1, pod red. T. Zembrzuskiego, nb 38. Podobnie na etapie prac legislacyjnych wypowiedział się W. Jurcewicz, wskazując, że dążenie do jak najszybszego rozstrzygnięcia sporu głównego (choćby w sposób nieodpowiadający rzeczywistości stanowi prawnemu wskutek pominięcia zarzutu potrącenia prowadzącego do nieuwzględnienia potrącenia, które doprowadziło do umorzenia wierzytelności powoda) przynosi pozorne korzyści, skoro „zakłada niejako z góry, że będzie niezbędne wszczęcie innego postępowania (albo nawet kilku), mających na celu ostateczne wyjaśnienie wzajemnych stosunków między stronami w taki sposób, aby uwzględnione zostało potrącenie w znaczeniu materialnym, jakie zostało dokonane przez pozwanego”; zob. W. Jurcewicz: *Zarzut potrącenia w projekcie nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, Państwo i Prawo (dalej: PiP) 2019, z. 2, s. 84.

¹²¹ Poza wskazanymi powyżej opiniami do projektu, na niebezpieczeństwo to zwróciła również uwagę — zasadniczo przychylna proponowanej próbie ograniczenia dopuszczalności zarzutu potrącenia w procesie — Opinia Stowarzyszenia Sędziów Polskich Iustitia, wskazując trzeźwo na potrzebę dodatkowych badań i analiz zmierzających do prognozy konsekwencji tej zmiany na wpływ spraw, a tym samym realne obciążenie sądów i sędziów; zob. Stanowisko Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia” w sprawie projektu zmiany ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (UD 309), pismo z dnia 15 grudnia 2017 r., s. 6.

nie przysłuży się zatem realizacji celów stawianych przez autorów projektu, zrealizowanego na mocy nowelizacji k.p.c. z 4 lipca 2019 r.

VII. PODSUMOWANIE

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że przesłanka płynności wierzytelności nie jest przypisana ściśle do modelu potrącenia *ipso iure*, występując również (w zróżnicowanych prawnie formach) w systemach prawnych opartych na modelu potrącenia na mocy oświadczenia woli. Wymóg płynności wierzytelności pozwanego — funkcjonujący w rozmaitych formach i zakresie we wszystkich europejskich (kontynentalnych) porządkach prawnych¹²² — zasadniczo służy zabezpieczeniu interesu powoda w uzyskaniu ochrony prawnej w zakresie zgłoszonego przezeń roszczenia, w rozsądnych ramach czasowych¹²³, a więc zapobieżeniu przewłóce postępowania wynikającej z konieczności rozpoznania zarzutu potrącenia opartego na wierzytelności, której ustalenie nastęrcza trudności (wiąże się z dodatkowym nakładem pracy, a przede wszystkim wydłużeniem procesu w czasie).

Mając przy tym na uwadze *stricte* procesową funkcję wymogu płynności wierzytelności, prawidłowym usytuowaniem tej przesłanki jest właśnie prawo procesowe cywilne, a nie prawo materialne¹²⁴. Umiejscowienie przesłanki potrącenia na płaszczyźnie prawa materialnego budzi zasadnicze obiekcyjne zarówki w systemie potrącenia *ipso iure*, jak i w ramach modelu potrącenia dokonywanego na mocy oświadczenia woli. Po pierwsze, ze względu na swoją procesową funkcję, wymóg płynności ma znaczenie jedynie dla wierzytelności „aktywnej” w ramach procesowego zarzutu potrącenia, a więc zgłaszanego w ramach toczącego się postępowania,

¹²² Tak zwłaszcza E.M. Berling: *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, s. 250. W prawie angielskim wymóg płynności albo łatwości w ustaleniu wierzytelności (*claims must be liquidated or clearly ascertainable*) stron stanowi warunek potrącenia ustawowego (*statutory/independent set-off*). W wypadku potrącenia opartego na regułach słusności (*equitable/transaction set-off*) zastępuje go przesłanka wynikania wierzytelności z tego samego stosunku prawnego względnie istnienia innego ścisłego związku pomiędzy tymi wierzytelnościami; zob. m.in. R. Derham: *The Law of Set-off*; Oxford 2003, s. 35–36 i 114–116; C. Fountoulakis: *Set-off...*, *op. cit.*, s. 105–106 i 114–115.

¹²³ Tak m.in. E. Bucher („Es soll die Aufrechnung mit Forderungen ausschließen, deren Beurteilung eine unzumutbare Verkomplizierung und / oder Verlängerung der Entscheidungsfindung im bereits laufenden Verfahren bedeuten würde”), nawiązując w tym zakresie do teorii roszczeń ochronnych (*Rechtsschutzanspruch*); zob. E. Bucher: *Kompensation...*, *op. cit.*, s. 113.

¹²⁴ Tak co do zasady zwłaszcza: R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, *op. cit.*, s. 61; A.M. Fleckner (w:) *Commentaries...*, *op. cit.*, eds. N. Jansen, R. Zimmermann, s. 1789. W polskiej literaturze zob. wypowiedź L. Stępniaka, zdaniem którego „prawo materialne dla możliwości dokonania potrącenia nie stawia wymogu płynności [...]”, gdyż „wymóg ten ma właśnie charakter procesowy, bo do procesu należy wyjaśnianie wątpliwości”. W konsekwencji: „Zarzut potrącenia byłby więc procesową czynnością, która między innymi prowadzi do likwidacji jeszcze nie płynnej wierzytelności pozwanego, a to w celu stwierdzenia, czy i w jakim zakresie potrącenie miało miejsce”; zob. L. Stępnia: *Potrącenie w systemie polskiego prawa cywilnego*, Wrocław 1975, s. 149–150. Podobnie wcześniej R. Longchamps de Berier: *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1936, s. 398; Z. Fenichel: *Potrącenie w prawie polskim* (w:) *Polskie prawo prywatne i procesowe. Studja*, Kraków 1936, s. 752; J.J. Litauer: *Glosa do orzeczenia SN z dnia 3 października 1945 r.*, C 371/45, PiP 1946, z. 3, s. 133.

gwoli obrony przed procesowym roszczeniem powoda opiewającym na przysługującą mu wobec pozwanego wierzytelność. Powyższe pozostaje zatem w zupełnie oczywistej sprzeczności z ukształtowaniem wymogu płynności jako przesłanki materialnoprawnej potrącenia *ipso iure*, gdzie na etapie zaistnienia zdarzenia w postaci potrącenia o wierzytelności czynnej lub biernej nie może być w ogóle mowy. Wbrew pozorom sprzeczność ta zachodzi również w wypadku potrącenia na mocy oświadczenia woli, skoro strona aktywna przy materialnoprawnej czynności potrącenia (składająca oświadczenie o potrąceniu) nie musi być (choć na ogół będzie) stroną czynną w ramach procesowego zarzutu potrącenia — może się wszak zdarzyć, że z powództwem wystąpi strona, która uprzednio złożyła oświadczenia o potrąceniu, a następnie, ze względu na zmianę okoliczności (czy też własnych przewidywań i kalkulacji), podejmie próbę dochodzenia wierzytelności objętej swoim uprzednim oświadczeniem o potrąceniu, natomiast pozwany będzie się bronił zarzutem potrącenia opartym na wymienionej wyżej czynności powoda.

Co więcej, odnoszenie wymogu płynności do chwili dokonania potrącenia *ipso iure* lub złożenia oświadczenia o potrąceniu¹²⁵ — spójne z materialnoprawnym ukształtowaniem tej instytucji — rozmija się z jej procesową funkcją ukierunkowaną na uniknięcie komplikacji postępowania, wskutek konieczności rozpoznawania zarzutu potrącenia opartego na niepłynnej, a więc wymagającej ustalenia wierzytelności pozwanego. Analizując zagadnienie płynności wierzytelności, trzeba bowiem zauważyć, że w pojęcie to wpisana jest określona dynamika związana z czynnikiem czasu (a właściwie zmian zachodzących wraz z jego upływem). Wierzytelność niepłynna w chwili, w której dłużnik stał się równocześnie wierzycielem swojego wierzyciela, względnie złożył oświadczenie o potrąceniu, może stać się płynna wskutek jej następczego udokumentowania — i *vice versa* — wierzytelność pierwotnie płynna może zatracić ten charakter (np. w wyniku zniszczenia środka dowodowego lub też następczej komplikacji stanu faktycznego sprawy)¹²⁶. Jeżeli zatem — zgodnie z funkcją przesłanki płynności, a sprzecznie z jej materialnoprawną naturą — odnosić ją do stanu z chwili, w której zarzut potrącenia zostanie zgłoszony w procesie, to okaże się, że ocena płynności wierzytelności z pozycji *ex ante* (po

¹²⁵ Tak wprost art. 8.1 ust. 1 *in fine* PICC, odnoszący materialnoprawne przesłanki kompensaty, w tym ustalenie wierzytelności potrącającego, co do zasady i co do wysokości, do chwili dokonania potrącenia, które na mocy art. 8.3 następuje przez oświadczenie złożone drugiej stronie.

¹²⁶ Problem ten dostrzegł w nauce niemieckiej jeszcze przed wojną G. Kegel; zob. *idem*, *Probleme...*, *op. cit.*, s. 166. Także w nauce austriackiej na gruncie § 1439 ABGB rozważano kwestię umiejscowienia wymogu płynności w czasie, zauważając, że uzależnienie materialnoprawnej dopuszczalności potrącenia od płynności wierzytelności wymagałoby wprowadzenia ścisłej definicji tego pojęcia (pozwalającej ustalić chwilę powstania stanu potrącalności, a zarazem wystąpienia skutków potrącenia z mocą *ex tunc*), co z kolei klóci się z jego procesową funkcją wymagającą elastycznego podejścia do tego wymogu. W konsekwencji przyjęć należy, że kwestię płynności wierzytelności wzajemnej pozwanego sąd ocenia według stanu istniejącego w trakcie postępowania, zaś potrącenie jako zdarzenie prawa materialnego dochodzi do skutku z chwilą złożenia oświadczenia o potrąceniu z mocą wsteczną od momentu ziszczenia się pozostałych (innych niż płynność wierzytelności) materialnoprawnych przesłanek potrącenia; zob. S. Dullinger: *Handbuch...*, *op. cit.*, s. 85.

chwili dojścia do skutku potrącenia poza procesem, a przed jego wszczęciem) jest w zasadzie niemożliwa, ponieważ co najmniej jedna ze stron nie ma wpływu na to, kiedy powództwo o jedną z wierzytelności uczestniczących w potrąceniu zostanie wytoczone i jak w tym czasie będzie przedstawiać się kwestia płynności jego wzajemnej wierzytelności¹²⁷. Rozwiązanie to nie służy zatem w żaden sposób zapewnieniu pewności obrotu, w tym przewidywalności w zakresie treści stosunków prawnych. Gdyby zaś kwestię płynności oceniać według stanu na chwilę potencjalnego dojścia do skutku potrącenia, to okaże się, że rozwiązanie to nie służy realizacji funkcji tej przesłanki (w tym zwłaszcza ekonomii procesowej), skoro sąd miałby nie uwzględniać potrącenia tylko dlatego, że dopiero po wytoczeniu powództwa wierzytelność pozwanego stała się płynna (względnie miałby być zmuszony wziąć pod uwagę potrącenie wierzytelności, które w czasie orzekania utraciły cechę płynności)¹²⁸. Dodatkowo rozwiązanie to byłoby jawnie sprzeczne z obowiązującą w polskim prawie procesowym cywilnym zasadą aktualności orzekania (orzeczenia), konstytuującą po stronie sądu powinność podejmowania rozstrzygnięć w oparciu o bieżący stan faktyczny i prawny na chwilę orzekania (art. 316 § 1 k.p.c.)¹²⁹.

Optymalnym sposobem wkomponowania wymogu płynności wierzytelności potrącającej w system potrącenia opartego na oświadczeniu woli wydaje się zatem rozwiązanie przyjęte w prawie niemieckim oparte na konstrukcji wyroku warunkowego (*Vorbehaltsurteil*). Jego zaletą jest znaczna efektywność i elastyczność wyrażająca się w zdolności do realizacji przypisanej jej funkcji polegającej na zapobieganiu nadużywaniu zarzutu potrącenia w procesie celem jego przedłużenia (opóźnienia ochrony udzielenia ochrony prawnej powodowi), bez istotnego uszczerbku dla słusznego interesu pozwanego w rozpoznaniu zgłoszonego przez niego zarzutu opartego na własnym prawie podmiotowym, w tym ewentualnego potwierdzenia skutków dokonanej kompensaty oraz dobra wymiaru sprawiedliwości leżącego w kompleksowym załatwieniu sprawy w jednym procesie. Model ten dopełnia przyznanie merytorycznemu rozstrzygnięciu o zarzucie potrącenia powagi rzeczy osądzonej, co w wypadku procesowej dopuszczalności tego zarzutu pozwala na całościowe i definitywne przesądzenie w jednym procesie sporu również co do spornej pomiędzy stronami pretensji wzajemnej pozwanego. Dla zapewnienia sprawnego funkcjonowania tego rozwiązania poza recepcją do kodeksu postępowania cywilnego normy odpowiadającej § 302 n.ZPO celowe byłoby zatem także „przeszczepienie” na grunt polskiego prawa procesowego cywilnego regulacji § 322 ust. 2 n.ZPO rozszerzającej zakres przedmiotowy prawomocności materialnej wy-

¹²⁷ R. Zimmermann: *Die Aufrechnung...*, op. cit., s. 733; idem: *Comparative foundations...*, op. cit., s. 52; E. Berling: *Die Aufrechnung...*, op. cit., s. 260–261.

¹²⁸ R. Zimmermann: *Comparative foundations...*, op. cit., s. 52.

¹²⁹ Na temat tej zasady oraz wyjątków zob. m.in. W. Siedlecki: *Zasady wyrokowania w procesie cywilnym*, Warszawa 1957, s. 159 i n.; idem: *Zasady orzekania oraz zasady zaskarżania orzeczeń w postępowaniu cywilnym w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1982, s. 27 i n.; K. Markiewicz: *Zasady orzekania w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 2013, s. 119–122.

roku na rozstrzygnięcie o nieistnieniu wierzytelności pozwanego zgłoszonej do potrącenia bądź jej umorzeniu wskutek potrącenia¹³⁰. Jedynie łączna recepcja obu przepisów (ich normatywnej treści) pozwoli na należyte osiągnięcie zamierzonych celów z zakresu szeroko rozumianej ekonomii procesowej.

Powyższej korzyści w postaci właściwego wyważenia interesów stron nie zapewnia natomiast mechanizm przyjęty w holenderskim kodeksie cywilnym, oparty na dyskrecjonalnej władzy sędziego, obejmującej uprawnienie do ograniczenia się w danym procesie do uwzględnienia żądania pozwu opiekującego na wierzytelność dochodzoną przez powoda, z całkowitym pominięciem zarzutu potrącenia (art. 6:136 NBW). Rozwiązanie to wydaje się nazbyt jednostronne, stanowiąc podstawę bardzo głębokiej ingerencji w materialnoprawną konstrukcję potrącenia, pod pozorem „korektury” negatywnych skutków jej zastosowania w postępowaniu cywilnym.

Te same krytyczne uwagi, *mutatis mutandis*, można odnieść do nominalnie materialnoprawnego, a funkcjonalnie procesowego rozwiązania przyjętego w art. 8.1 ust. 1 lit. b PICC, art. 12:102 PECL i DCFR. III.–6:105. W szczególności przepisy PECL i DCFR akcentują wprost ochronę interesów strony pasywnej potrącenia jako podstawę wyłączenia dopuszczalności potrącenia wierzytelności strony czynnej, pozbawionej waloru płynności. Przepisy te zakładają zatem ewidentnie poświęcenie przeciwstawnego interesu strony potrącającej. Rozwiązanie niemieckie nie narzuca sądowi tego typu nieuprawnionych preferencji, pozwalając — przy umiejętnym wykorzystaniu konstrukcji wyroku warunkowego (np. przez wydanie wyroku warunkowego z równoczesnym uzależnieniem jego natychmiastowej wykonalności od udzielenia przez powoda odpowiedniego zabezpieczenia pozwanemu) — na właściwe, tj. uwzględniające wszystkie istotne okoliczności sprawy, wyważenie kolidujących interesów stron, bez potrzeby dokonywania „binarnego” (opartego na modelu *win-lose*) wyboru pomiędzy rozwiązaniem korzystnym dla powoda (uznanie potrącenia za niedopuszczalne i uwzględnienie powództwa) lub pozwanego (uznanie potrącenia za dopuszczalne i przystąpienie do jego rozpoznania w tym samym procesie bez względu na związane z tym przedłużenie postępowania, bez udzielenia choćby warunkowej ochrony powodowi).

Mając przy tym na uwadze, że wprowadzenie rozwiązania opartego na niemieckich i austriackich wzorcach rozważane było już na etapie prac nad kodeksem postępowania cywilnego z 1930 r., zaś problemy związane z funkcjonowaniem zarzutu potrącenia w procesie w okresie ostatnich niemal 90 lat (licząc od wejścia w życie kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r.) jedynie potwierdziły zasadność

¹³⁰ Podobnie wcześniej M. Pyziak-Szafnicka: *Potrącenie...*, *op. cit.*, s. 262–263. Co do celowości recepcji rozwiązania z § 322 ust. 2 n.ZPO pozytywnie wypowiedział się również W. Jurcewicz; zob. *idem: Uwagi o zarzucie potrącenia w postępowaniu procesowym* (w:) *Prawo prywatne i arbitraż. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Maciejowi Tomaszewskiemu*, pod red. J. Poczobuta, A.W. Wiśniewskiego, Warszawa 2016, s. 180; *idem: Zarzut...*, *op. cit.*, s. 80–81, uznając wszak za możliwe przyjęcie tego rozwiązania w drodze wykładni obowiązujących przepisów, co jednak wymagałoby „zasadniczej reorientacji linii orzeczniczej Sądu Najwyższego”.

ówczesnej propozycji W. Mańkowskiego, z rozczarowaniem należy przyjąć niewzięcie pod uwagę tego modelu w ramach ostatnich prac nad kolejną reformą postępowania cywilnego.

Wprowadzone w art. 203¹ k.p.c. wysoce niedoskonałe rozwiązanie, zmierzając do osiągnięcia tego samego celu, dotknięte jest bowiem zasadniczą wadą. Polega ona na nadmiernym rygoryzmie i braku elastyczności, ograniczającym możliwość realizacji funkcji instytucji potrącenia w procesie, która wiąże się ściśle z jej pożądanymi skutkami, takimi jak możliwość całościowego, definitywnego rozstrzygnięcia określonego sporu w jednym postępowaniu, bez mnożenia związanych z tym spraw sądowych i kosztów. Rozwiązanie to w wielu wypadkach pozbawi zatem istotnej części korzyści tkwiących immanentnie w instytucji potrącenia oraz jej procesowym wykorzystaniu zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. Równocześnie nie pozwala ono na osiągnięcie założonego przez nie celu, w przypadkach, w których przedstawiona do potrącenia sporna wierzytelność pozwanego wprawdzie wynika z tego samego stosunku prawnego co wierzytelność powoda, jednakże jej charakter wiąże się z koniecznością przeprowadzenia długotrwałego i skomplikowanego postępowania dowodowego celem weryfikacji jej zasadności.

BIBLIOGRAFIA

- Berling E.M.: *Die Aufrechnung im internationalen Verfahren vor deutschen Gerichten- im Geltungsbereich der EuGVVO*, Hamburg 2015.
- Błaszczak Ł.: *Nadużycie prawa procesowego w postępowaniu arbitrażowym*, Warszawa 2018.
- Błaszczak Ł.: *Zarzut potrącenia w procesie cywilnym (art. 203¹ k.p.c.)*, Warszawa 2019.
- Bucher E.: *Kompensation im Prozess: Zurück zum Materiellen Recht (w:) Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag*, Hrsg. R.A. Schütze, München 2002.
- Chantepie G., Latina M.: *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris 2016.
- Commentaries on European Contract Laws*, eds. N. Jansen, R. Zimmermann, Oxford 2018.
- Cytowski T.: *Procesowe nadużycie prawa*, PS 2005, nr 5.
- Derham R.: *The Law of Set-off*, Oxford 2003.
- Dernburg H.: *Geschichte und Theorie der Compensation*, Heidelberg 1868.
- Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Berier R.: *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2012.
- Dissaux N., Jamin C.: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016): commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Paris 2017.

- Dolinar H.: *Zivilprozessrecht*, Linz 2013.
- Dullinger S.: *Handbuch der Aufrechnung*, Wien–New York 1995.
- Ehrenzweig E.: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. II, cz. 1, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Wien 1928.
- Eickhoff W.: *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage*, Berlin 1985.
- Erciński T.: *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym. Tezy i propozycje do dyskusji* (w:) *Nadużycie prawa procesowego cywilnego*, pod red. P. Grzegorzcyka, M. Walasika, F. Zedlera, Warszawa 2019.
- Faber N.E.D.: *Verrekening*, Deventer 2005.
- Fages B.: *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux 2016.
- Fasching H.W.: *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Band 3, *Zivilprozessordnung: §§ 226–460*, Wien 1966.
- Fenichel Z.: *Potrącenie w prawie polskim* (w:) *Polskie prawo prywatne i procesowe, Studja*, Kraków 1936.
- Fountoulakis C.: *Set-off Defences in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis*, Oxford–Portland–Oregon 2011.
- Gernhuber J.: *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, Tübingen 1994.
- Gudowski J.: *Nadużycie prawa procesowego cywilnego w postępowaniu rozpoznawczym (in ampliore contextu)* (w:) *Nadużycie prawa procesowego cywilnego*, pod red. P. Grzegorzcyka, M. Walasika, F. Zedlera, Warszawa 2019.
- Hasenöhr V.: *Das Obligationenrecht*, t. II, Wien 1890.
- Jurcewicz W.: *Uwagi o zarzucie potrącenia w postępowaniu procesowym* (w:) *Prawo prywatne i arbitraż. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Maciejowi Tomaszewskiemu*, pod red. J. Poczobuta, A.W. Wiśniewskiego, Warszawa 2016.
- Jurcewicz W.: *Zarzut potrącenia w projekcie nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, PiP 2019, z. 2.
- Kannengiesser M.N.: *Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen 1998.
- Kegel G.: *Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität rechtsvergleichend dargestellt*, Berlin–Leipzig 1938.
- Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, pod red. T. Zembrzuskiego, t. 1, Warszawa 2019.
- Kolańczyk K.: *Prawo rzymskie*, Warszawa 2007.
- Koller C.: *Aufrechnung und Widerklage im Schiedsverfahren. Unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsorts Österreich*, Wien 2009.
- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumenten-*

- schutzgesetz, Produkthaftungsgesetz, UN-Kaufrecht: in zwei Bänden. Bd. 1, §§ 1090 bis 1502 ABGB, Nebengesetze*, Hrsg. P. Rummel, Wien 1984.
- Krajewski J.: *Z zagadnień potrącenia w procesie cywilnym*, Palestra 1972, z. 4.
- Kubas A.: *Nadużycie prawa procesowego — próba oceny ostatnich zmian legislacyjnych*, Palestra 2019, z. 11–12.
- Kurzkommentar zum ABGB*, Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinsky, R. Bollenberger, Wien–New York 2007.
- Kuźniar A.: *Funkcje zarzutu potrącenia w procesie cywilnym*, Palestra 1976, z. 4–5.
- Litewski W.: *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1999.
- Longchamps de Berier R.: *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1936.
- Lupoi M.: *Civil Procedure in Italy*, Alphen aan den Rijn 2018.
- Łazarska A.: *Zaufanie jako kategoria prawna w procesie cywilnym*, PPC 2011, nr 2.
- Manowska M.: *Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2008.
- Mańkowski W.: *Projekt działu polskiej procedury cywilnej o wyrzeczeniach sądowych (w:) Polska procedura cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem*, Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne 1921, nr XIX.
- Markiewicz K.: *Zasady orzekania w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 2013.
- Musielak H.J., Voit W.: *Zivilprozessordnung: ZPO. Kommentar*, Beck-online 2019.
- Okońska A.: *Die Widerklage im Zivilprozessrecht der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten*, Tübingen 2015.
- Olaś A.: *Dopuszczalność zarzutu potrącenia w postępowaniu cywilnym — uwagi na tle projektu Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r.*, PPC 2018, nr 2.
- Olaś A.: *Zakres uprawnienia do zgłoszenia zarzutu potrącenia w procesie cywilnym w ujęciu podmiotowym*, PPC 2019, nr 4.
- Olszewski J.: *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: ABGB = Powszechna Księga Ustaw Cywilnych (Austriacki Kodeks Cywilny): glosariusz*, Rzeszów–Wiedeń 2014.
- Osajda K.: *Nadużycie prawa w procesie cywilnym*, PS 2005, nr 3.
- Osuchowski W.: *Historyczny rozwój kompensacji w prawie rzymskim*, Kraków 1970.
- Piasecki K.: *Nadużycie praw procesowych przez strony*, Palestra 1960, z. 11.
- Pichonnaz P.: *The retroactive effect of set-off (compensatio). A journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code*, The Legal History Review 2000, nr 4.
- Plebanek M.G.: *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012.
- Pyziak-Szafnicka M.: *Potrącenie w prawie cywilnym*, Kraków 2002.
- Rechberger W.H., Simotta D.A.: *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts: Erkenntnisverfahren*, Wien 2017.

- Reiterer I.: *Die Aufrechnung: Funktionen und Rechtsnatur von außergerichtlicher Aufrechnung und Prozeßaufrechnung*, Graz 1976.
- Renault-Brahinsky C.: *Le nouveau droit des contrats*, Paris 2016.
- Rylski P.: *O potrzebie definicji nadużycia prawa procesowego na gruncie art. 4.1 KPC (w:) Reforma czy kolejna nowelizacja? Uwagi na tle ustawy z 4.7.2019 r. zmieniającej KPC*, pod red. P. Rylskiego, Warszawa 2020.
- Saenger I.: *Zivilprozessordnung: ZPO Familienverfahren — Gerichtsverfassung — Europäisches Verfahrensrech. Handkommentar*, Beck-online 2019.
- Schellhammer K.: *Zivilprozess. Gesetz — Praxis — Fälle*, Heidelberg 2016.
- Siedlecki W.: *Zasady wyrokowania w procesie cywilnym*, Warszawa 1957.
- Siedlecki W.: *Zasady orzekania oraz zasady zaskarżania orzeczeń w postępowaniu cywilnym w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1982.
- Slonina M.: *Aufrechnung nur bei internationaler Zuständigkeit oder Liquidität?*, IPRax 2009.
- Stępnia L.: *Potrącenie w systemie polskiego prawa cywilnego*, Wrocław 1975.
- Torbus A.: *Wpływ umowy jurysdykcyjnej na dopuszczalność zarzutu potrącenia*, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 4.
- Torbus A.: *Zawezwanie do próby ugodowej w postępowaniu pojednawczym a problem nadużycia prawa (w:) Jus et remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, pod red. A. Jakubeckiego, J.A. Strzępki, Warszawa 2010.
- Torbus A.: *Procesowy zarzut potrącenia (w:) Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, pod red. M. Jagielskiej, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunara, Warszawa 2017.
- Weber A.: *Likwidalność wzajemnego roszczenia jako warunek procesowego zarzutu potrącenia*, Gazeta Sądowa Warszawska 1935, nr 9.
- Weitz K.: *Nadużycie „prawa” procesowego cywilnego*, PPC 2020, nr 1.
- Windscheid B.: *Lehrbuch des Pandektenrecht. Zweiter band*, Frankfurt a.M. 1887.
- Wołodkiewicz W., Zabłocka M.: *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2005.
- Zalewski B.: *Uwagi na temat 'compensatio' w twórczości wybranych przedstawicieli szkoły glosatorów*, Zeszyty Prawnicze 2016, nr 2.
- Zeiller von F.E.: *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie*, t. IV, Wien–Triest 1813.
- Zimmermann R.: *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996.
- Zimmermann R.: *Die Aufrechnung- Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht (w:) Festschrift für Dieter Medicus: Zum 70. Geburtstag*, Köln–Berlin–Bonn–München 1999.
- Zimmermann R.: *Comparative foundations of a European law of set-off and prescriptions*, Cambridge 2002.

Zimmermann R.: *The new German Law of obligations: historical and comparative perspectives*, Oxford 2005.

Słowa kluczowe: potrącenie w prawie cywilnym, zarzut potrącenia w prawie procesowym cywilnym, nadużycie zarzutu potrącenia w procesie cywilnym.

ANDRZEJ OLAŚ

LIQUIDITY OF CLAIMS AS AN INSTRUMENT
FOR PREVENTING ABUSIVE USE OF SET-OFF DEFENSES
IN CIVIL PROCEEDINGS

S u m m a r y

The paper consists of a comparative study of the liquidity of claims' requirement both in substantive and procedural civil law. The author presents the origins of the above-mentioned notion in Roman law, discusses various models of its implementation in contemporary, representative jurisdictions of continental Europe, as well as in international instruments for harmonization of private law and the Article 203¹ of the Polish Code of Civil Procedure, as amended pursuant to the Act of 4 July 2019 amending the Act — Code of Civil Procedure and some other acts (Journal of Laws of 2019, item 1469). The author focuses on the function of the liquidity requirement, common for all of the examined jurisdictions. This function consists in ensuring the efficiency of proceedings aimed at granting legal protection to the plaintiff's claim in the event the defendant raises a set-off defense based on a claim which is disputed and unascertained as to its existence and as to the amount. This means that the examination of such set-off defense would entail a significant delay in deciding upon the plaintiff's claim already determined with regard to its existence and amount in the course of the proceedings.

The analysis results in the conclusion that the most appropriate location of the liquidity requirement is the civil procedural law, as opposed to substantive rules governing the set-off. This corresponds with the above-mentioned overriding procedural function, as well as avoids number of serious problems related to the alternative model. The analysis of foreign regulations in light of their historical background and recent developments also justifies a critical evaluation of the solution implemented in the Article 203¹ of the Polish Code of Civil Procedure. In conclusion, the author indicates that the optimal device to achieve the goal underlying adoption of this provision is the solution functioning in German law which is based on the mechanism of a conditional judgment (*Vorbehaltsurteil*).

Keywords: set-off in the civil law, set-off defence in the civil proceedings, abuse of the set-off defense in the civil proceedings.