

Sygn. akt I ACa 7/21

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2021 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Zwierzyńska (spr.)
Sędziowie:	SA Jakub Rusiński SA Karolina Sarzyńska
Protokolant:	stażysta Mariusz Neumann

po rozpoznaniu w dniu 30 marca 2021 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa R. S.

przeciwko Bankowi (...) Spółce Akcyjnej w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy

z dnia 19 października 2020 r. sygn. akt I C 839/19

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie 1 (pierwszym) w ten sposób, że zasądza od pozwanego Banku (...) Spółki Akcyjnej w W. na rzecz powoda R. S. kwotę 78.539,97 zł (siedemdziesiąt osiem tysięcy pięćset trzydzieści dziewięć złotych 97/100) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 12 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty oddalając powództwo w pozostałym zakresie;
2. w punkcie 2 (drugim) w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 9.344 zł (dziewięć tysięcy trzysta czterdzieści cztery złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

I. oddala apelację w pozostałej części;

II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 7.977 zł (siedem tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 19 października 2020 r. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w sprawie powództwa R. S. przeciwko Bank (...) spółka akcyjna w W.: powództwo oddalił (pkt 1) oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 10.817 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt 2).

Sąd Okręgowy ustalił, że powód w listopadzie 2003 r. chciał rozpocząć prowadzenie działalności gospodarczej pod firmą (...) i świadczyć usługi informatyczne, jednak faktycznie nigdy nie zaczął jej wykonywać z uwagi na propozycję pracy na podstawie umowy o pracę. Powód uzyskał wykreślenie z (...) w grudniu 2019 r. W 2005 r. powód nabył obligacje Skarbu Państwa. Przed 2016 r. nie inwestował on w instrumenty finansowe.

Powód był klientem pozwanego banku. Nie zawierał on z pozwanym umowy o usługi maklerskie ani o usługi doradztwa inwestycyjnego i zarządzania portfelem.

W 2015 r. dyrektor oddziału pozwanego banku zaczął nalegać na spotkanie z powodem celem przedstawienia mu produktu finansowego. W dniu 12 lutego 2016 r. powód udał się do placówki pozwanego na umówione spotkanie z dyrektorem. Dyrektor oddziału pozwanego banku zwrócił się do powoda z ofertą nabycia certyfikatów inwestycyjnych W. (...) Oferty nabycia certyfikatów inwestycyjnych otrzymywali klienci, którzy mieli oszczędności w kwocie powyżej 200.000 zł. Dyrektor oddziału pozwanego banku prowadził z powodem rozmowy na temat inwestycji i przygotował dokumenty związane z ofertą. Powód nie wypełniał dokumentacji związanej z ofertą nabycia certyfikatów inwestycyjnych, jedynie składał na niej podpisy. Przeczytał on wszystkie 4 strony Formularza zapisu na certyfikaty, a następnie je podpisał. Podczas spotkania w placówce pozwanego powód otrzymał kartę informacyjną o Funduszu (Karta Funduszu).

W. (...) był funduszem inwestycyjnym zamkniętym aktywów niepublicznych, utworzonym i działającym na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych. Fundusz emitował certyfikaty inwestycyjne – papiery wartościowe, niepodzielne, imienne i nieposiadające formy dokumentu, reprezentujące w ramach danej serii jednakowe prawa majątkowe.

Emitentem przedmiotowych certyfikatów inwestycyjnych był W. (...) Depozytariuszem Funduszu był (...) Bank (...) S.A.

Fundusz był zarządzany i reprezentowany przez (...) Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych S.A. (...) portfelem inwestycyjnym Funduszu zostało powierzone przez Towarzystwo (...) S.A., który prowadził zapisy na certyfikaty inwestycyjne. (...) S.A., na podstawie art. 81a ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, powierzył czynności przyjmowania zapisów na certyfikaty inwestycyjne (...) Banku (...) S.A.

Sąd Okręgowy dalej ustalił, że pozwany bank pełnił funkcję agenta firmy inwestycyjnej dla (...) Banku (...) S.A. Na podstawie umowy o współpracy i pełnienie funkcji agenta (...) Banku (...) S.A. powierzył pozwanemu wykonywanie w imieniu i na rachunek (...) Banku (...) S.A. czynności pośrednictwa w zakresie prowadzonej przez (...) Banku (...) S.A. działalności maklerskiej.

Zakres czynności powierzonych bankowi obejmował informowanie klientów banku o usługach świadczonych przez (...) (lit. a), zawieranie umów dotyczących świadczenia usług maklerskich świadczonych przez (...) (lit. b), przyjmowanie zleceń lub dyspozycji klientów składanych do (...) na podstawie umów zawartych pomiędzy klientem a (...) (lit. c), przyjmowanie oświadczeń woli lub wiedzy od klientów, związanych z zawarciem i wykonywaniem umów zawartych pomiędzy klientami a (...) (lit. d). W każdym przypadku wykonywania czynności na podstawie przedmiotowej umowy bank miał wskazywać, że działa w imieniu (...), jako agent firmy inwestycyjnej oraz informować o zakresie czynności, do wykonywania których był upoważniony (§ 2 ust. 2 i 3).

Do obowiązków banku, zgodnie z przedmiotową umową, w zakresie informowania klientów banku o usługach świadczonych przez (...) należało w szczególności informowanie klientów o ofercie usług maklerskich świadczonych przez (...) oraz o warunkach umów zawieranych z klientami, w tym przekazywanie informacji dotyczących (...), informacji o rodzaju usług świadczonych przez (...) oraz informowanie o kosztach, prowizjach i opłatach związanych z usługami maklerskimi, informowanie klientów o czynnościach koniecznych do podjęcia w celu zawarcia umowy z (...), przekazywanie klientom dostarczonych przez (...) do banku materiałów informacyjnych i reklamowych, przekazywanie klientom dokumentów niezbędnych do zawarcia umów (§ 3 ust. 1).

Do obowiązków banku, zgodnie z przedmiotową umową, w zakresie zawierania umów dotyczących świadczenia usług maklerskich świadczonych przez (...) i przyjmowania oświadczeń woli lub wiedzy od klientów, związanych z zawarciem i wykonywaniem umów zawartych pomiędzy klientami a (...), należało w szczególności przyjmowanie od klientów dokumentów niezbędnych do zawarcia umów i ich przekazywanie (...), informowanie klientów o zasadach traktowania przez (...) klientów jako klientów profesjonalnych oraz klientów detalicznych, informowanie klientów o ryzyku związanym z inwestowaniem w instrumenty finansowe, odbieranie oświadczeń dotyczących poziomu wiedzy klientów o inwestowaniu w instrumenty finansowych, doświadczenia inwestycyjnego, sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych klienta – w celu dokonania oceny czy usługa maklerska, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy jest odpowiednia dla danego klienta, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację, ostrzeganie klienta o tym, że dana usługa lub instrumenty finansowe nie są dla niego odpowiednie, podpisywanie w imieniu (...) umów z klientami, przyjmowanie od klientów dyspozycji lub zleceń składanych w ramach świadczonych przez (...) usług i ich przekazywanie (...), potwierdzanie klientom przyjęcia dyspozycji lub zlecenia (§ 3 ust. 2 i 3 ). Wykonując przedmiotową umowę bank był zobowiązany do posługiwania się i wykorzystywania w kontaktach z klientami informacji, materiałów, dokumentów oraz wzorów formularzy i dokumentów otrzymanych od (...) (§ 4 ust. 1).

Bank nie był upoważniony do dokonywania innych czynności oraz do zaciągania jakichkolwiek innych zobowiązań w imieniu (...) niż wynikające z § 2 umowy. W ramach wykonywania przedmiotowej umowy i czynności powierzonych bankowi jako agentowi firmy inwestycyjnej bank nie był uprawniony do przyjmowania jakichkolwiek wpłat od klientów, na rzecz których (...) świadczył usługi, jak również dokonywanych przez (...) na rzecz tych klientów (§ 6 ust. 1 i 2).

Bank miał zapewnić, aby osoby wykonujące czynności w imieniu i na rzecz (...) na podstawie przedmiotowej umowy działały zgodnie z instrukcjami oraz regulaminami, procedurami, dokumentami oraz innymi materiałami informacyjnymi i reklamowymi dostarczonymi do banku lub zaakceptowanymi przez (...). Podczas wykonywania powierzonych czynności, w szczególności w zakresie informowania o usługach świadczonych przez (...), wykorzystywane miały być wyłącznie dokumenty, procedury, materiały reklamowe i informacyjne dostarczone przez (...) lub zaakceptowane przez (...) (§ 6 ust. 5 i 6).

Bank ponadto odpowiadał względem (...) za szkody powstałe wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania przez bank obowiązków wynikających z przedmiotowej umowy. Bank w żadnym wypadku nie ponosił odpowiedzialności za szkody powstałe w związku z zawarciem i realizacją przez (...) umów zawartych z klientami w ramach przedmiotowej umowy oraz za treść przekazanych przez (...) informacji, materiałów, dokumentów i wzorów dokumentów, w celu realizacji niniejszej umowy (§ 11 ust. 3 i 4).

Sąd I instancji ustalił, że w dniu 4 lutego 2016 r. W (...) S.A. udzieliła posiadaczom certyfikatów inwestycyjnych serii (...), B36 oraz B37 emitowanych przez W. (...) gwarancji wypłaty wartości odpowiadającej różnicy pomiędzy wartością aktywów netto na certyfikat w chwili wykupu, a wartością gwarantowaną.

W dniu 8 lutego 2016 r. W (...), reprezentowany przez (...) S.A. z siedzibą w W., złożył powodowi propozycję nabycia certyfikatów inwestycyjnych Funduszu serii (...). Jako emitent został oznaczony W. (...) Jako adresat propozycji został oznaczony powód, a liczba oferowanych certyfikatów objęta propozycją została określona na 140. Stawka % opłaty dystrybucyjnej wynosiła 4%. Jednostkową cenę emisyjną oferowanego certyfikatu określono na kwotę 1.432,28 zł.

Propozycja nabycia certyfikatów inwestycyjnych została podpisana przez pełnomocnika (...) S.A.

W dniu 12 lutego 2016 r. powód potwierdził odbiór propozycji nabycia certyfikatów inwestycyjnych.

W dniu 12 lutego 2016 r. powód złożył zapis na certyfikaty inwestycyjne serii (...) funduszu W. (...), emitowanych na podstawie ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych oraz Statutu Funduszu, będącymi imiennymi papierami wartościowymi, reprezentującymi jednakowe prawa majątkowe, przeznaczonymi do objęcia w drodze subskrypcji na warunkach określonych w Statucie Funduszu, Warunkach Emisji i formularzu zapisu.

Liczbę certyfikatów objętych zapisem określono na 140. Cenę emisyjną jednego certyfikatu oznaczono na 1.432,28 zł. Wymagana wpłata na certyfikaty wynosiła 200.519,20 zł. Stawkę opłaty manipulacyjnej za wydanie certyfikatów określono na 4%, a wysokość opłaty manipulacyjnej za wydanie certyfikatów oznaczono na 8.020,77 zł. Łączna wpłata wynosiła 208.539,97 zł.

Większość formularza zapisu na certyfikaty inwestycyjne została wypełniona pismem komputerowym, niektóre rubryki zostały uzupełnione pismem odręcznym.

Powód oświadczył, że znana jest mu treść Statutu oraz Warunków Emisji, w tym zasady przydziału certyfikatów i wyraził na nie zgodę. Powód przyjął również do wiadomości, że informacje dotyczące (...) S.A. - podmiotu zarządzającego portfelem inwestycyjnym Funduszu, prowadzącego Ewidencję Uczestników Funduszu oraz uprawnionego do wykonywania usługi oferowania instrumentów finansowych, o których mowa w § 10 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych, jak i opis istoty instrumentów finansowych oraz ryzyka związanego z inwestowaniem w te instrumenty, opis konfliktów interesów i zbiór regulacji wewnętrznych (...), zostały udostępnione na stronie internetowej (...) w zakładce informacje prawne.

Przedmiotowy zapis na certyfikaty został przyjęty w dniu 12 lutego 2016 r., a jako przyjmujący zapis został oznaczony pracownik pozwanego banku.

Pracownicy pozwanego banku na polecenie służbowe dyrektora oddziału podpisywali dokumenty z klientami i wykonywali przelewy z rachunku klientów na rachunek Funduszu. Pracownicy pozwanego banku nie umawiali się na spotkania z klientami i nie prowadzili z nimi rozmów na temat inwestycji. Nie prowadzono sprzedaży produktów inwestycyjnych.

W dniu 12 lutego 2016 r. powód zlecił wpłatę kwoty 208.539,97 zł na rachunek prowadzony na rzecz (...) Rolne (...) tytułem opłacenia 140 certyfikatów serii (...). Dyspozycja wykonania ww. zlecenia została podpisana przez powoda.

W Warunkach Emisji przedmiotowych certyfikatów inwestycyjnych wskazano na czynniki ryzyka związane z inwestycją w Fundusz, takie jak czynniki związane z otoczeniem, w jakim Fundusz prowadzi działalność, czynniki ryzyka związane bezpośrednio z polityką inwestycyjną Funduszu, czynniki ryzyka związane z charakterystyką funkcjonowania Funduszu, ryzyko związane z ograniczoną zbywalnością certyfikatów inwestycyjnych.

Rozdział I Warunków Emisji „Czynniki ryzyka” w sposób szczegółowy opisywał czynniki ryzyka związane z inwestycją w Fundusz.

Karta informacyjna Funduszu również zawierała informację, że inwestowanie w fundusze inwestycyjne związane jest z ryzykiem i uczestnik powinien liczyć się z utratą co najmniej części zainwestowanych środków.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 7 marca 2016 r. (...) S.A., prowadzący Ewidencję Uczestników Funduszu W. (...), potwierdził, że na rachunku bankowym Funduszu została zaksięgowana wpłata kwoty 208.539,97 zł tytułem zapisu na certyfikaty inwestycyjne oraz poinformował powoda, że w związku z przydziałem certyfikatów inwestycyjnych

Funduszu serii (...) w dniu 29 lutego 2016 r. został on wpisany do Ewidencji Uczestników Funduszu jako posiadacz 140 certyfikatów inwestycyjnych serii (...) Funduszu.

Powód obserwował działania Funduszu. Otrzymał on dane logowania na stronie internetowej Towarzystwa (...) S.A. i uzyskiwał on informacje, jakie były wyceny serii. Pod koniec 2017 r. powód zorientował się, że z Funduszem dzieje się coś niepokojącego. Z wiadomości w Internecie powód dowiedział się, że Fundusz jest piramidą finansową, a znaczna część środków została przekazana na Cypr. Pracownicy pozwanego banku kontaktowali się wówczas z klientami, którzy zainwestowali w certyfikaty, w tym z powodem, i mieli wytyczne, żeby kierować takich klientów do kancelarii prawnej. Klienci, którzy zainwestowali w certyfikaty nie mogli dokonać wykupu certyfikatów.

W dniu 20 grudnia 2017 r. powód zgłosił do (...) Bank (...) S.A. żądanie wykupu certyfikatów inwestycyjnych emitowanych przez I. (...) serii (...) w liczbie 140. Jako datę wykupu powód wskazał 30 grudnia 2017 r.

Powód nie uzyskał żadnej odpowiedzi na żądanie wykupu certyfikatów inwestycyjnych.

W dniu 23 lutego 2018 r. depozytariusz (...) Bank (...) S.A. poinformował, że rozpoczęła się likwidacja funduszu I. (...). Funkcję likwidatora Inwestycje Rolne Funduszu Inwestycyjnego Zamkniętego Aktywów Niepublicznych pełnił R. Bank (...) (S.A.) Oddział w Polsce.

Likwidator wezwał wierzycieli Funduszu, których roszczenia nie wynikają z tytułu uczestnictwa w Funduszu, do zgłaszania likwidatorowi roszczeń najpóźniej w terminie miesiąca od dnia opublikowania ostatniego, trzeciego ogłoszenia o rozpoczęciu likwidacji Funduszu.

O likwidacji Funduszu powód dowiedział się w połowie 2018 r. Powód nie zgłosił roszczeń likwidatorowi Funduszu. Zwrócił się on jedynie do likwidatora z prośbą o potwierdzenie, że jest on posiadaczem certyfikatów inwestycyjnych. Nie pytał on o ich aktualną wartość. Powód otrzymał od likwidatora odpowiedź, że jest umieszczony w księgach z deklarowaną przez niego ilością certyfikatów. Postępowanie likwidacyjne Funduszu jest w toku. Według ostatniej wyceny likwidatora wartość certyfikatu inwestycyjnego powoda kształtuje się na poziomie 700-800 zł.

Pismem z dnia 22 maja 2018 r. powód złożył reklamację na świadczone przez pozwanego usługi. W treści wskazał, że dyrektor oddziału pozwanego zaproponował mu ofertę ulokowania zgromadzonych środków w fundusze Inwestycje Rolne (...) I. A., bardzo zachwalał tę inwestycję i wielokrotnie zapewniał powoda o braku istnienia ryzyka finansowego, jak również gwarantował 10% zysk. Powód podkreślił, że został oszukany przez pozwanego i wprowadzony w błąd, wykorzystano jego zaufanie nakłaniając go do zainwestowania w produkty finansowe nadmiernie ryzykowne, w wyniku czego poniósł szkodę. Jednocześnie powód zażądał zwrotu zainwestowanych wskutek działań pozwanego pieniędzy.

W dniu 12 czerwca 2018 r. pozwany udzielił odpowiedzi na reklamację powoda. W treści wskazał, że powodowi została przedstawiona Propozycja nabycia certyfikatów inwestycyjnych, której załącznikiem były Warunki emisji, a podjęciu przez powoda decyzji o przystąpieniu do Funduszu został przygotowany Formularz Zapisu i powód dokonał wpłaty tytułem zapisu na certyfikaty. Pozwany zaznaczył, że w podpisanym przez powoda Formularzu Zapisu oświadczył on, iż znane są mu treści Statutu i Warunków Emisji, które określały czynniki ryzyka związane z charakterystyką funkcjonowania Funduszu. Zdaniem pozwanego zasady funkcjonowania produktu i ryzyka z nim związane zostały powodowi wyjaśnione przed złożeniem zapisu na certyfikaty inwestycyjne. Jednocześnie pozwany wyjaśnił, że spełnił on obowiązki wynikające z prawa europejskiego, działał on jako agent (...) S.A. i uczestniczył jedynie w wykonywaniu czynności związanych z oferowaniem certyfikatów inwestycyjnych, a czynności wykonywane przez (...) S.A. ograniczały się do przedstawienia informacji o funduszach i certyfikatach przedstawionych przez (...) S.A. lub (...) S.A. oraz przyjęcia zapisu na certyfikaty inwestycyjne.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2019 r. powód wniósł skargę do Komisji Nadzoru Finansowego z wnioskiem o wszczęcie postępowania administracyjnego przeciwko pozwanemu bankowi i wymierzenie mu kary administracyjnej z tytułu popełnionych przez niego naruszeń prawa.

Na dzień 23 sierpnia 2019 r. likwidator - R. Bank (...) (S.A.) Oddział w Polsce oszacował wartość aktywów netto na certyfikat inwestycyjny (wyemitowany przez I. (...)) w wysokości 798,85 zł. Suma zobowiązań Funduszu na dzień 23 sierpnia 2019 r. wynosiła 1.990.396,69 zł.

Fundusz nie zbył żadnych papierów wartościowych w okresie od 24 sierpnia 2019 r. do 23 lutego 2020 r. Na dzień 23 lutego 2020 r. likwidator - R. Bank (...) (S.A.) Oddział w Polsce oszacował wartość aktywów netto na certyfikat inwestycyjny w wysokości 789,86 zł. Suma zobowiązań Funduszu na dzień 23 lutego 2020 r. wynosiła 2.021.588,25 zł. Suma roszczeń pozostających do zaspokojenia wynosiła 2.021.588,25 zł

Sąd a quo co do zasady dał wiarę zeznaniom świadków E. B. (1) i K. T. na okoliczność spotkania z powodem w dniu 12 lutego 2016 r. w oddziale pozwanego banku, na okoliczności związane z ustaleniem znajomości przepisów obowiązującego prawa dotyczących rekomendowania klientom lokat i inwestycji przez pozwanego, związane z przestrzeganiem obowiązujących u pozwanego procedur dotyczących rekomendowania klientom lokat i inwestycji, związane z dopasowaniem przez pozwanego „produktu inwestycyjnego” do profilu inwestycyjnego powoda, związane z przestrzeganiem przez pozwanego procedury skierowania do powoda propozycji nabycia certyfikatów inwestycyjnych. Sąd I instancji jednak stwierdził, że zeznania świadka K. T. niewiele wniosły do sprawy.

Sąd Okręgowy nie podzielił zeznań R. S. złożonych w charakterze powoda w części, w której wskazywał, że podczas złożenia mu oferty nabycia certyfikatów inwestycyjnych w pozwanym banku nie przedłożono mu dodatkowych dokumentów w postaci Statutu i Warunków Emisji, chociaż o nie pytał. Powyższe twierdzenie pozostawały w sprzeczności z zebrany materiał dowodowy.

Sąd Okręgowy nie dał również wiary zeznaniom powoda w części, w której wskazywał, że dyrektor oddziału pozwanego banku (...) polecał mu inwestycję w certyfikaty, twierdząc, że są one w całości zabezpieczone i przyniosą znaczny zysk, gwarantował on bezpieczeństwo inwestowania, wskazując, że Fundusz prowadzi instrument, który pozwoli w 100% zabezpieczyć wpłacone środki i zrekompensować straty Funduszu oraz że mówił on, iż zabezpieczenie było limitowane w czasie i powód nie mógł się zbyt długo zastanawiać, bo straciłby to zabezpieczenie, jak również, że dyrektor oddziału zapewniał go, że przedłożył mu komplet dokumentów. Twierdzenia powoda w tym zakresie zdaniem Sądu a quo nie znalazły żadnego potwierdzenia w zebrany materiał dowodowy. Przede wszystkim jednak Sąd I instancji wskazał, że podczas złożenia powodowi oferty nabycia certyfikatów inwestycyjnych w pozwanym banku miał on możliwość zapoznania się z dokumentami, w treści których wskazano na czynniki ryzyka związane z inwestycją w Fundusz. Nadto powód potwierdził w swoich zeznaniach, że otrzymał Kartę Funduszu, która zawierała informację, iż inwestowanie w fundusze inwestycyjne związane jest z ryzykiem i uczestnik powinien liczyć się z utratą co najmniej części zainwestowanych środków. W świetle powyższego jako niewiarygodne Sąd Okręgowy ocenił twierdzenie powoda, że nie miał świadomości ryzyka związanego z inwestycją w przedmiotowe certyfikaty.

Ponadto Sąd a quo nie podzielił również zeznań powoda, w części, w której wskazywał, że pracownica banku przygotowywała dokumenty dotyczące oferty nabycia certyfikatów inwestycyjnych i wypełniała je przy nim. Z zeznań świadka E. B. (1) wynikały bowiem okoliczności przeciwne. Powołany świadek zeznał, że pracownicy pozwanego banku na polecenie służbowe dyrektora oddziału jedynie podpisywali dokumenty z klientami i wykonywali przelewy z rachunku klientów na rachunek Funduszu. Jak wynika z zeznań ww. świadka pracownicy pozwanego banku nie umawiali się na spotkania z klientami i nie prowadzili z nimi rozmów na temat inwestycji, natomiast robił to dyrektor oddziału pozwanego banku, który przygotowywał również dokumenty związane z ofertą nabycia certyfikatów.

Sąd I instancji uznał, że powództwo podlegało oddaleniu zarówno w zakresie żądania głównego, jak i ewentualnego.

Sąd Okręgowy podniósł, że powód formułując roszczenie główne, wniósł o zasądzenie od pozwanego banku kwoty 78.539,97 zł tytułem zwrotu świadczenia spełnionego przez niego w ramach umowy, która jest nieważna. Wywodził, że między stronami – wbrew obowiązkowi ustawowemu - nie doszło do zawarcia umowy o przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych w formie pisemnej i tym samym w oparciu o art. 410 k.c. może

on żądać zwrotu kwoty dochodzonej pozvem tytułem spełnionego przez niego świadczenia w ramach umowy, która jest nieważna.

Sąd a quo zwrócił uwagę na brak legitymacji biernej pozwanego banku, gdyż stron nie łączyła żadna umowa, natomiast powód wpłacił kwotę 208.539,97 zł na rzecz Funduszu w zamian za nabycie certyfikatów inwestycyjnych. Pozwany bank nie był stroną umowy zapisu na certyfikaty, nie przyjął z tego tytułu żadnej płatności od powoda, jak również nie świadczył na rzecz powoda niczego w zamian. Pozwany bank pełnił jedynie funkcję dystrybutora certyfikatów inwestycyjnych na podstawie umowy agencyjnej zawartej z (...) S.A. i nie był on stroną stosunku prawnego między emitentem (Funduszem), a inwestorem (powodem). Rola pozwanego banku ograniczała się do przyjmowania zapisów na certyfikaty od inwestorów. Legitymowanym do zwrotu nienależnego świadczenia byłby ewentualnie Fundusz, który był stroną umowy zapisu na certyfikaty, przeniósł na powoda własność certyfikatów, a w zamian uzyskał od powoda kwotę 208.539,97 zł. Sąd a quo jednocześnie podkreślił, że powód nie mógł twierdzić, że umowa między stronami stała się nieważna, skoro jednocześnie wskazywał, że do jej zawarcia w ogóle nie doszło.

Powód powoływał się na nieważność umowy o przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, twierdząc, że art. 74b ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi obligował pozwany bank do zawarcia takiej umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Sąd a quo uznał jednak, że powód błędnie wskazał, jakoby pozwany miał obowiązek zawarcia takiej umowy. Na dzień zawarcia umowy zapisu na certyfikaty między powodem, a Funduszem tj. 12 lutego 2016 r., art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych stanowił, iż towarzystwo prowadzi zapisy na certyfikaty inwestycyjne funduszu, o którym mowa w art. 15 ust. 1a, bezpośrednio lub za pośrednictwem firmy inwestycyjnej, banku krajowego wykonującego działalność, o której mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, lub krajowego oddziału instytucji kredytowej, uprawnionych do wykonywania działalności w zakresie oferowania instrumentów finansowych, a na jednostki uczestnictwa - bezpośrednio lub za pośrednictwem firmy inwestycyjnej, banku krajowego wykonującego działalność, o której mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, lub krajowego oddziału instytucji kredytowej, uprawnionych do wykonywania działalności w zakresie przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych.

Tymczasem powód nabył certyfikaty inwestycyjne, nie natomiast jednostki uczestnictwa, a jedynie nabycie jednostek uczestnictwa obligowałyby pozwanego do wykonania czynności w ramach działalności maklerskiej polegającej na przyjmowaniu i przekazywaniu zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych. Czynność ta została uregulowana w art. 74b ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, który w stanie prawnym obowiązującym w dniu złożenia zapisu przez powoda na certyfikaty stanowił, że w umowie o przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych firma inwestycyjna zobowiązuje się do przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych przez: 1) przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych do innego podmiotu, w celu ich wykonania, lub 2) kojarzenie dwóch lub więcej podmiotów w celu doprowadzenia do zawarcia transakcji między tymi podmiotami (ust. 1). Umowa, o której mowa w ust. 1, powinna być zawarta w formie pisemnej, a w przypadku umowy zawieranej z klientem detalicznym - w formie pisemnej pod rygorem nieważności (ust. 2).

Z powyższego wynikało zatem, że pozwany bank nie miał obowiązku zawarcia z powodem w/w umowy.

Sąd a quo nie znalazł również podstaw, by twierdzić, że pozwany świadczył na rzecz powoda czynność stanowiącą działalność maklerską, a w szczególności by świadczył on usługę przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych. Powód w swoich zeznaniach potwierdził, że nie zawierał on z pozwanym umowy o usługi maklerskie ani o usługi doradztwa inwestycyjnego i zarządzania portfelem.

Odnosząc się natomiast do łączącej pozwany bank (...) umowy o współpracy i pełnienie funkcji agenta firmy inwestycyjne, Sąd I instancji podniósł, że nie wskazywała ona do jakich instrumentów finansowych miała zastosowanie. Sąd Okręgowy podkreślił, że przedmiotowa umowa nie uwzględniała specyfiki odrębnych reżimów prawnych dla dystrybucji instrumentów finansowych emitowanych przez fundusze inwestycyjne, tj. dla jednostek

uczestnictwa i certyfikatów inwestycyjnych. Jedynie nabycie jednostek uczestnictwa obligowałyby pozwanego do wykonania czynności w ramach działalności maklerskiej polegającej na przyjmowaniu i przekazywaniu zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, natomiast w przypadku certyfikatów inwestycyjnych działalność pozwanego polegała jedynie na oferowaniu i nie było to świadczenie usług maklerskich. Tego rodzaju działalność pozwanego banku nie wymagała zawarcia umowy i jest regulowana art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych. Inaczej wygląda natomiast sytuacja świadczenia usług maklerskich polegającego na przyjmowaniu i przekazywaniu zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych (art. 69 ust. 2 pkt 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi), która wymaga zawarcia stosownej umowy.

W ocenie Sądu Okręgowego obowiązki pozwanego banku w zakresie oferowania klientom nabycia certyfikatów inwestycyjnych można było oceniać jedynie w odniesieniu do obowiązku informowania ich o usługach świadczonych przez (...), w szczególności informowania klientów o ofercie usług maklerskich świadczonych przez (...) oraz o warunkach umów zawieranych z klientami, w tym przekazywania informacji dotyczących (...), informacji o rodzaju usług świadczonych przez (...) oraz informowania o kosztach, prowizjach i opłatach związanych z usługami maklerskimi, informowania klientów o czynnościach koniecznych do podjęcia w celu zawarcia umowy z (...), przekazywanie klientom dostarczonych przez (...) do banku materiałów informacyjnych i reklamowych, przekazywania klientom dokumentów niezbędnych do zawarcia umów (§ 3 ust. 1).

Sąd a quo stwierdził, że pozostałe postanowienia umowy o współpracy i pełnienie funkcji agenta firmy inwestycyjnej w zakresie obowiązków banku nie znajdowały zastosowania do okoliczności, w jakich powód nabył certyfikaty inwestycyjne. Jak już bowiem wskazał Sąd I instancji nie doszło do zawarcia umowy o świadczenie usług maklerskich, czy też o doradztwo inwestycyjne i zarządzanie portfelem między powodem, a (...). Brak było również umowy na przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych z uwagi na okoliczność, że powód nie nabył jednostek uczestnictwa. Między powodem a (...) nie doszło także do zawarcia innej umowy.

Jednocześnie Sąd a quo nie znalazł podstaw do twierdzenia, że pozwany bank nie wykonał obowiązków nałożonych na niego powołanym § 3 ust. 1 przedmiotowej umowy o współpracy. Nadto pozwany, zgodnie z § 4 przedmiotowej umowy, przekazał powodowi Warunki emisji, Statut, jak również w treści formularza zapisu na certyfikaty powód oświadczył, że znana jest mu treść Statutu oraz Warunków Emisji i przyjął do wiadomości, że informacje dotyczące (...), jak i opis istoty instrumentów finansowych oraz ryzyka związanego z inwestowaniem w te instrumenty zostały udostępnione na stronie internetowej. Sąd I instancji wskazał również, że zgodnie § 6 ust. 1 przedmiotowej umowy o współpracy, bank nie był upoważniony do dokonywania innych czynności oraz do zaciągania jakichkolwiek innych zobowiązań w imieniu (...) niż wynikające z § 2 umowy, zgodnie z którym ramach wykonywania przedmiotowej umowy i czynności powierzonych bankowi jako agentowi firmy inwestycyjnej pozwany bank nie był uprawniony do przyjmowania jakichkolwiek wpłat od klientów, na rzecz których (...) świadczył usługi, jak również dokonywanych przez (...) na rzecz tych klientów. Powyższe potwierdza potwierdzenie złożenia zlecenia przez powoda, zgodnie z którym dokonał on wpłaty za certyfikaty na rachunek (...) Rolne (...). Sąd a quo podkreślił, że powód domagając się od pozwanego banku zapłaty odszkodowania, dochodził zapłaty od niewłaściwego podmiotu, bowiem pozwany nie otrzymał i nie mógł otrzymać środków, które powód wpłacił.

Nie było również według Sądu Okręgowego podstaw do uznania, że pozwany nie wywiązał się z obowiązków nałożonych § 6 ust. 5 i 6 umowy o współpracy, zgodnie z którym bank miał zapewnić, aby osoby wykonujące czynności w imieniu i na rzecz (...) na podstawie przedmiotowej umowy działały zgodnie z instrukcjami oraz regulaminami, procedurami, dokumentami oraz innymi materiałami informacyjnymi i reklamowymi dostarczonymi do banku lub zaakceptowanymi przez (...). Podczas wykonywania powierzonych czynności, w szczególności w zakresie informowania o usługach świadczonych przez (...), wykorzystywane miały być wyłącznie dokumenty, procedury, materiały reklamowe i informacyjne dostarczone przez (...) lub zaakceptowane przez (...). Wskazać należy, że ze zgromadzonych w sprawie dokumentów wynika, iż jedynie takich materiałów użyto.



Sąd I instancji ocenił, że w świetle łączącej pozwanego bank (...) umowy o współpracy i pełnienie funkcji agenta firmy inwestycyjnej, nie można było również zgodzić się ze stwierdzeniem powoda, że pozwany bank występował we własnym imieniu i na własny rachunek, a powód nie wiedział, w jakim charakterze występuje pozwany.

Sąd Okręgowy wskazał również, że nie było podstaw do przyjęcia, aby A. M. lub jakikolwiek inny pracownik pozwanego banku świadczył na rzecz powoda usługi doradztwa inwestycyjnego. Poza własnymi zeznaniami powód nie zaoferował żadnych dowodów na to, że działania pracowników pozwanej, w tym A. M., polegały na „sugerowaniu” określonego działania inwestycyjnego, rekomendowaniu instrumentu finansowego, czy stanowiły doradztwo inwestycyjne.

Formułując żądanie ewentualne powód wniósł o zasądzenie od pozwanego banku kwoty 78.539,97 zł tytułem odszkodowania za część szkody o całkowitej wysokości 208.539,97 zł spowodowanej przez pozwanego. Wywodził, że odpowiedzialność odszkodowawczą pozwanego uzasadnia dopuszczenie się przez niego uchybień formalnych w procedurze proponowania powodowi certyfikatów inwestycyjnych, jak również naruszeń obowiązujących przepisów określających sposób proponowania certyfikatów inwestycyjnych przez zatrudniony przez pozwanego personel.

W ocenie Sądu a quo powód nie wykazał istnienia żadnej z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego z art. 415 i 430 k.c. Nie zostało wykazane, by pozwany naruszył przepisy prawa w związku z nabyciem przez powoda certyfikatów inwestycyjnych. Powód zarzucał, że pozwany nie przeprowadził badania jego sytuacji tzw. ankiety (...). Jednak zgodnie z § 15 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 września 2012 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz banków powierniczych z zastrzeżeniem § 16 i 20, przed zawarciem umowy o świadczenie usług maklerskich, o których mowa art. 69 ust. 2 ustawy, firma inwestycyjna zwraca się do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie podstawowych informacji dotyczących poziomu wiedzy o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych oraz doświadczenia inwestycyjnego, niezbędnych do dokonania oceny, czy instrument finansowy będący przedmiotem oferowanej usługi maklerskiej lub usługa maklerska, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, są odpowiednie dla danego klienta, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację. Z § 16 ust. 1 powołanego Rozporządzenia wynika, że przed zawarciem umowy o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania portfelem, w skład którego wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych, firma inwestycyjna zwraca się do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie podstawowych informacji dotyczących poziomu wiedzy o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych, doświadczenia inwestycyjnego, jego sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych niezbędnych do dokonania oceny, czy instrument finansowy będący przedmiotem oferowanej usługi maklerskiej lub usługa maklerska, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, są odpowiednie dla danego klienta, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację.

Powołane przepisy nie miały zatem zastosowania w niniejszej sprawie, bowiem dotyczą przypadków, w których konieczne jest zawarcie umowy o świadczenie usług maklerskich oraz o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania portfelem. Natomiast w okolicznościach niniejszej sprawy pozwany bank nie świadczył na rzecz powoda usług maklerskich ani doradztwa inwestycyjnego w związku z przyjęciem zapisu na certyfikaty inwestycyjne. Jednocześnie nie można było przyjąć, aby udzielenie przez pozwanego banku powodowi informacji związanych z inwestycją w certyfikaty (dokumentów informacyjnych przekazanych uprzednio przez Fundusz) stanowiło doradztwo inwestycyjne.

Sąd a quo podkreślił również, że skoro przepisy nie nakładały na pozwanego obowiązku nawiązania relacji umownej w związku z przyjęciem zapisu na certyfikaty inwestycyjne, za bezzasadny należało również uznać zarzut powoda co do tego, że nie doręczono mu regulaminu świadczenia usług w zakresie przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, bowiem obowiązku zawarcia takiej umowy nie było, jak i do zawarcia takiej umowy między stronami nie doszło.

Nie znalazły również w ocenie Sądu I instancji potwierdzenia zarzutu powoda co do wykorzystywania przez pozwanego konfliktu interesów. Zgodnie z powołanym przez powoda § 23 ust. 1 ww. Rozporządzenia przed zawarciem

umowy o świadczenie usług maklerskich firma inwestycyjna informuje klienta, przy użyciu trwałego nośnika informacji, o istniejących konfliktach interesów związanych ze świadczeniem danej usługi maklerskiej na rzecz tego klienta, o ile organizacja oraz regulacje wewnętrzne firmy inwestycyjnej nie zapewniają, że w przypadku powstania konfliktu interesów nie dojdzie do naruszenia interesu klienta. Informacja zawiera dane pozwalające klientowi na podjęcie świadomej decyzji co do zawarcia umowy, przy czym zakres i sposób przedstawiania danych powinien być dostosowany do kategorii, do której należy klient.

Z powyższej regulacji wynika zatem, że odnosi się ona do okoliczności przed zawarciem umowy o świadczenie usług maklerskich, natomiast pozwany nie zawarł z powodem umowy o świadczenie jakichkolwiek usług maklerskich.

W ocenie Sądu a quo na uwzględnienie nie zasługiwały również zarzuty powoda co do naruszenia przez pozwanego przepisów zawartych w Kodeksie Etyki Bankowej, Kanonie Dobrych Praktyk (...), czy Systemie Kontroli Wewnętrznej. Powołane przez powoda regulacje stanowiły ogólne sformułowania dotyczące nakazania działania rzetelnego, z należytą starannością, zgodnie z przepisami prawa i tym samym nie mogły stanowić samodzielnej podstawy odpowiedzialności pozwanego. Mając natomiast na uwadze, że nie zostało wykazane, by pozwany dopuścił się naruszenia przepisów prawa, Sąd I instancji nie stwierdził podstaw do ustalania odpowiedzialności pozwanego z tytułu naruszenia zasad deontologicznych.

Sąd Okręgowy podkreślił również, że powód został poinformowany przez pozwanego o ryzyku inwestycyjnym, a powód podjął świadomą i samodzielną decyzję o inwestycji w certyfikaty. Z Formularza zapisu na certyfikaty wynikało, że powód oświadczył, iż znana jest mu treść Statutu oraz Warunków Emisji, w tym zasady przydziału certyfikatów i wyraził na nie zgodę. Natomiast w Warunkach Emisji przedmiotowych certyfikatów inwestycyjnych wskazano na czynniki ryzyka związane z inwestycją w Fundusz, a rozdział I Warunków Emisji „Czynniki ryzyka” w sposób szczegółowy opisywał czynniki ryzyka związane z inwestycją w Fundusz. Nadto powód potwierdził, że otrzymał dokument o nazwie K. (...), który również zawierał informację, że inwestowanie w fundusze inwestycyjne związane jest z ryzykiem i uczestnik powinien liczyć się z utratą co najmniej części zainwestowanych środków.

Ponadto Sąd I instancji uznał, że pozwany nie dopuścił się uchybienia w związku z obiegiem dokumentów z uwagi na to, że dokument o nazwie P. nabycia certyfikatów inwestycyjnych został antydatowany. Z zebranego materiału dowodowego według Sądu Okręgowego wynikało, że imienne propozycje nabycia certyfikatów przekazane przez Fundusz, zostały podpisane przez pełnomocnika (...) w dniu 8 lutego 2016 r., zatem oświadczenie zostało złożone przez Fundusz w dacie widniejącej na dokumencie. Powód potwierdził natomiast odbiór propozycji nabycia certyfikatów inwestycyjnych w dniu 12 lutego 2016 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego powód nie wykazał również istnienia adekwatnego związku przyczynowego między rzekomym czynem niedozwolonym pozwanego, a rzekomą poniesioną przez niego szkodą. Jedynym normalnym następstwem przyjęcia przez pozwanego bank od powoda zapisu na certyfikaty było zawarcie umowy pomiędzy powodem, a Funduszem. Przyczyny będące w adekwatnym związku z niewykupieniem certyfikatów przez Fundusz nie były związane z działaniami pozwanego, a z działaniami Funduszu, który stał się niewypłacalny. Pozwany nie miał żadnego wpływu na działanie Towarzystwa Funduszy Inwestycyjnych F. C., ani samego Funduszu, w szczególności działań przestępczych.

Przede wszystkim jednak w ocenie Sądu a quo powód nie wykazał powstania po jego stronie szkody. Kwota wskazana przez powoda stanowiła jedynie nominalną wartość z dnia zakupu certyfikatów, które powód aktualnie posiada, i które mają określoną wartość, zatem nie powstała rzeczywista szkoda w jego majątku. Certyfikaty są instrumentami finansowymi podatnymi na wahania rynkowe i ich wartość ulega częstym zmianom. Obecnie natomiast nie jest możliwe ustalenie rzeczywistej wartości aktywów Funduszu przypadającej na jeden certyfikat.

Sąd I instancji podkreślił, że jak długo powód jest właścicielem certyfikatów, które są prawami majątkowymi przedstawiającymi wartość ekonomiczną, tak długo nie powstała rzeczywista strata w jego majątku. Obecnie trwa przy tym likwidacja Funduszu, zatem certyfikaty inwestycyjne, które są w posiadaniu powoda, w toku postępowania likwidacyjnego Funduszu, zostaną umorzone i będzie on mógł uzyskać z tego tytułu środki pieniężne. Ponadto planowo

likwidacja Funduszu potrwa do lutego 2021 r., a bez dostępu do informacji o szczegółowym składzie aktywów nie jest możliwe wyliczenie ostatecznego wyniku finansowego dla klientów Funduszu, w tym powoda. W zależności od procesu likwidacji Funduszu możliwe, że powód nie poniesie szkody również w przyszłości.

Dodatkowo Sąd I instancji wskazał, że powód nie był w stanie podać wysokości szkody. W pozwie wniósł o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty 78.539,97 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 12 lutego 2016 r. do dnia zapłaty tytułem odszkodowania za część szkody o całkowitej wysokości 208.539,97 zł spowodowanej przez pozwanego. Na rozprawie w dniu 5 października 2020 r. zeznał, że aktualna wartość certyfikatów to kwota około 700 zł – 800 zł za jeden certyfikat. Wreszcie w piśmie z dnia 25 września 2020 r. powód wskazał, że rzeczywista szkoda wynosi około 100.000 zł, z czego powód dochodzi kwoty 78 539,97 zł.

Jako nie zasługujące na uwzględnienie Sąd Okręgowy uznał żądanie powoda ustalenia wysokości szkody na kwotę 208.539,97 zł. Szkoda bowiem musi być rzeczywista, a nie hipotetyczna.

O kosztach procesu Sąd a quo orzekł w punkcie drugim wyroku z uwzględnieniem wyniku sprawy, którą powód przegrał w całości.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł powód zaskarżając go w całości, zarzucając naruszenie:

1. art. 233 § 1 k.p.c. polegające na braku wszechstronnego rozważenia zebranego materiału poprzez ustalenie okoliczności faktycznych sprawy wyłącznie w oparciu o twierdzenia pozwanego nieoparte żadnymi dowodami oraz o tzw. proste zaprzeczenie pozwanej, a w konsekwencji tego błąd co do ustaleń stanu faktycznego w zakresie stosunku prawnego łączącego powoda i pozwanego;
2. art. 233 § 1 k.p.c. polegający na nieuwzględnieniu złożonych przez powoda dowodów z dokumentów załączonych do pozwu, tj. dowodu nr 2, dowodu nr 3, dowodu nr 7, dowodu nr 8, a w konsekwencji tego błąd co do ustaleń stanu faktycznego w zakresie stosunku prawnego łączącego powoda i pozwanego;
3. art. 233 § 1 k.p.c. polegające na niedokonaniu ustaleń, które były kluczowe dla rozpoznania istoty sprawy, tj.: czy powód zapłacił kwotę 8.020,77 (4%) zł jako wynagrodzenie dla pozwanej, czy dla innego podmiotu, ponieważ Sąd nie ustalił, z jakiego tytułu powód zapłacił kwotę 8.020,77 zł i czy kwota 8.020,77 zł stanowiła wynagrodzenie zapłacone przez powoda stronie pozwanego (pośrednio), a w konsekwencji tego Sąd popełnił błąd co do ustaleń stanu faktycznego w zakresie stosunku prawnego łączącego powoda i pozwanego;
4. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważania zebranego materiału i przyjęcie, że na pozwanym nie ciążyły żadne obowiązki względem powoda, a w konsekwencji tego błąd co do ustaleń stanu faktycznego w zakresie stosunku prawnego łączącego powoda i pozwanym;
5. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błąd w ocenie zebranego materiału, ponieważ na podstawie prawidłowego ustalenia, że „pozwany bank pełnił funkcję agenta firmy inwestycyjnej dla (...) Banku (...) S.A.”, Sąd I instancji nie wyciągnął z tego faktu prawidłowych konsekwencji prawnych w zakresie ustalenia obowiązków pozwanego jako agenta firmy inwestycyjnej;
6. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błąd w ocenie w ocenie zebranego materiału, ponieważ na podstawie prawidłowego ustalenia, że „na podstawie umowy o współpracy i pełnienie funkcji agenta firmy inwestycyjnej (...) (...) Banku (...) S.A. powierzył pozwanemu wykonywanie w imieniu i na rachunek (...) Banku (...) S.A. czynności pośrednictwa w zakresie prowadzonej przez (...) Banku (...) S.A. działalności maklerskiej”, Sąd I instancji nie wyciągnął z tego prawidłowych konsekwencji prawnych w zakresie ustalenia sposobów i form pośredniczenia w zakresie działalności maklerskiej;
7. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważania zebranego materiału i brak ustalenia, czy pozwany wykonał obowiązek poinformowania powoda o swoim statusie formalnoprawnym (agenta firmy inwestycyjnej) w sytuacji, gdy powód oświadczył, że nie wiedział w jakim charakterze prawnym występuje pozwany;

8. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału i brak ustalenia, czy pozwany dnia 12 lutego 2016 r. wykonała względem powoda obowiązki informacyjne przewidziane w § 3 ust. 1, 2 i 3 umowy o współpracę i pełnienie funkcji agenta firmy inwestycyjnej,;
9. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału poprzez błędne ustalenie faktu, że w dniu 8 lutego 2016 r. W. (...), reprezentowany przez (...) S.A. z siedzibą w W., złożył powodowi propozycję nabycia certyfikatów inwestycyjnych Funduszu serii (...), podczas gdy powód złożył wizytę w oddziale pozwanego dnia 12 lutego 2016 r.;
10. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważania zebranego materiału polegający na pominięciu w ocenie dowodu w postaci „umowy o współpracy i pełnienie funkcji agenta firmy inwestycyjnej” w zakresie całej jej treści, w konsekwencji tego błąd co do ustaleń stanu faktycznego poprzez uznanie, że „czynności pozwanego banku zdaniem sądu ograniczały się tylko do informowania o ofercie Biura (...)” oraz co do faktu ciężenia na pozwanego obowiązkiem wynikającym z § 6 ust. 4 tej umowy;
11. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak przypisania wiarygodności dowodowi z zeznań powoda co do przebiegu spotkania dnia 12 lutego 2016 r. oraz brak wszechstronnego rozważania materiału w wyniku nieustalenia celu tego spotkania;
12. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w sprawie i uznanie, że „nieprawdopodobne w świetle zasad doświadczenia życiowego jest twierdzenie powoda, że podejmując decyzję o zapisie na certyfikaty oparł się wyłącznie na rzekomych deklaracjach dyrektora oddziału pozwanego banku o bezpieczeństwie inwestycji, tym bardziej że chodziło o inwestycję środków na poziomie kwoty ponad 200.000 zł”;
13. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w sprawie, poprzez uznanie za wiarogodny dowód z zeznań świadka E. B. (1) w sytuacji, gdy zeznania tego świadka są sprzeczne;
14. art. 235<sup>2</sup> § 2 k.p.c. poprzez pominięcie wniosków dowodowych powoda bez wydania postanowienia ze wskazaniem podstawy prawnej rozstrzygnięcia,;
15. art. 233 § 1 w zw. z art. 229 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważania zebranego materiału polegający na pominięciu w ocenie dowodu faktów przyznanych przez pozwanego, a w konsekwencji tego błąd co do ustaleń stanu faktycznego w zakresie stosunku prawnego łączącego powoda i pozwanego oraz w zakresie obowiązków Pozwanej względem Powoda, co miało wpływ na rozstrzygnięcie sprawy;
16. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie wnioskowanego przez powoda dowodu na okoliczność wynagrodzenia otrzymanego przez pozwanego z tytułu nakłonienia powoda do nabycia certyfikatów inwestycyjnych Funduszu serii (...);
17. art. 233 § 2 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie;
18. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważania zebranego materiału polegający na przyjęciu, że nakład pracy pełnomocnika pozwanego uzasadniał zasądzenie dwukrotności stawki minimalnej adwokata, wynoszącej 5.400 zł, oraz nie dokonanie wszechstronnej oceny przesłanek stanu faktycznego niezbędnych do prawidłowego zastosowania przepisu § 15 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie z dnia 22 października 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1804 ze zm.);
19. art. 74b ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 69 ust. 2 w zw. z art. 69 ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi poprzez uznanie, że pozwana nie miała obowiązku zawarcia z powodem umowy o przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, podczas gdy taki obowiązek wynika ze wskazanych przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi;

20. art. 74b ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 74b ust. 2 oraz art. 76 w zw. z art. 69 ust. 2 w zw. z art. 69 ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi poprzez uznanie, że pozwany nie miał obowiązku zawarcia z powodem umowy o przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych w formie pisemnej pod rygorem nieważności oraz umowy o doradztwo inwestycyjne;

21. art. 74b ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w zw. z art. 73 § 1 k.c. poprzez uznanie, że niedochowanie formy pisemnej umowy o przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych zastrzeżonej pod rygorem nieważności pozwala na przyjęcie, że stron nie łączył stosunek zobowiązaniowy;

22. art. 27 ust. 1 ustawy o funduszach inwestycyjnych poprzez uznanie, że przepis ten różnicuje podstawy prawne świadczenia usług maklerskich przez pozwanego dla powoda z punktu widzenia przedmiotu inwestycji;

23. § 15 ust. 1, § 16 ust. 1 rozporządzenia z 2012 r. poprzez uznanie, że pozwany nie był zobowiązany do zbadania profilu inwestycyjnego powoda, podczas gdy taki obowiązek na pozwanym spoczywał;

24. § 23 ust. 1 rozporządzenia z 2012 r. poprzez uznanie, że pozwany nie był zobowiązany do udzielenia powodowi informacji o konflikcie interesów, podczas gdy taki obowiązek na pozwanym spoczywał;

25. art. 353 § 1 k.c. poprzez nieustalenie, jaki stosunek obligacyjny łączył powoda i pozwanego;

26. art. 73 § 1 k.c. poprzez nieustalenie skutków naruszenia formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności przez art. 74b ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi;

27. art. 415 k.c. poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy niedochowanie formy pisemnej umowy o przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych zastrzeżonej pod rygorem nieważności (art. 74b ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi) doprowadziło do powstania szkody po stronie powoda.

Z uwagi na powyższe zarzuty apelujący wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego jej rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach procesu;
2. ewentualnie zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości;
3. zasądzenie od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kosztów procesu za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację powoda, pozwany wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wyjaśnić należy, iż powództwo w niniejszej sprawie błędnie zostało określone przez powoda jako zgłoszone wraz z „żądaniem ewentualnym”; jedynym zgłoszonym przez powoda żądaniem jest żądanie zasądzenia kwoty 78.539,97 zł, natomiast alternatywnie wskazywał różne podstawy prawne mogące w jego ocenie prowadzić do jego uwzględnienia – to jest zwrot świadczenia spełnionego w wykonaniu nieważnej umowy bądź też z tytułu odszkodowania za popełniony delikt. Nie jest to więc szczególny przypadek kumulacji roszczeń, roszczenie bowiem jest jedno - o zapłatę określonej sumy pieniężnej na podstawie jednego stanu faktycznego - jedynie możliwe różne są podstawy jej zasądzenia; taka powoduje powstania żądania ewentualnego (por. M. Manowska, komentarz do art. 187 k.p.c., WKP 2021).

Przyczynę oddalenia powództwa przez Sąd Okręgowy stanowiła konkluzja o braku legitymacji biernej pozwanego, gdyż stron nie łączyła żadna umowa – ani o przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych na podstawie art. 74b ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowym (dalej jako „ustawa z dnia 29 lipca 2005 r.”) ani umowa o doradztwo inwestycyjne. Obowiązki pozwanego banku sprowadzały się do czynności wymienionych w § 3 ust. 1 umowy agencyjnej z dnia 15 kwietnia 2010 r. łączącej bank z (...), i na podstawie tej umowy bank pełnił tylko funkcję dystrybutora certyfikatów inwestycyjnych, a jego rola ograniczała się do przyjęcia zapisów na certyfikaty od inwestorów. Tym samym ewentualnie zobowiązanym do zwrotu nienależnego świadczenia byłby ewentualnie Fundusz będący stroną umowy zapisu na certyfikaty i z tego tytułu wpłynęły na jego rzecz środki powoda.

O ile konstatacja Sądu Okręgowego o braku podstawy do uwzględnienia żądania pozwu w oparciu o przepisy o świadczeniu nienależnym jest prawidłowa, o tyle trudno zgodzić się dalszymi wywodami tego Sądu kwestionującego, aby doszło do nawiązania między stronami umowy o doradztwo inwestycyjne oraz wykluczającego, aby doszło do jakichkolwiek uchybień w działaniu pracowników pozwanego podczas przyjmowania od powoda zapisu na certyfikaty inwestycyjne, mogących dać asumpt do postawienia tezy o popełnionym na rzecz powoda delikcie.

Szeroko naświetlone w pozwie, w dalszych pismach procesowych oraz w dokumentach złożonych przez powoda okoliczności nabycia przezeń certyfikatów dają – zdaniem Sądu Apelacyjnego – podstawy do przypisania pozwanemu odpowiedzialności za szkodę, której powód upatruje w zaniedbaniach pracowników pozwanego banku przy oferowaniu mu przedmiotowych instrumentów finansowych, co zdaniem jego stanowi czyn niedozwolony skutkujący odpowiedzialnością odszkodowawczą pozwanego z mocy art. 415 k.c. i art. 430 k.c.

Przypomnieć w pierwszym rzędzie należy, że wobec w systemie apelacji pełnej, w którym to sąd drugiej instancji rozpatruje sprawę ponownie, sąd ten powinien zastosować właściwe przepisy prawa materialnego, a więc także usunąć ewentualne błędy prawne sądu pierwszej instancji, niezależnie od tego, czy zostały one wytknięte w apelacji. Rozpoznanie "sprawy" w granicach apelacji oznacza, że sąd drugiej instancji nie koncentruje się jedynie na ocenie zasadności zarzutów apelacyjnych, lecz rozstrzyga merytorycznie o zasadności zgłoszonych roszczeń procesowych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 29 lipca 2020 r. I (...) 8/19, LEX nr 3037828, z dnia 24 września 2020 r., V CSK 48/20, LEX nr 3070129).

Wobec powyższego Sąd Odwoławczy w toku kontroli instancyjnej oceniając charakter prawny stosunku prawnego zawartego przez strony nie był ograniczony zarzutami podnoszonymi w apelacji przez powoda, lecz zobligowany był dokonać tego samodzielnie, mając na uwadze zebrany materiał dowodowy (art. 382 k.p.c.)

Materiał ten daje podstawy do zaakceptowania ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego co do treści umowy o współpracy i pełnienia funkcji agenta firmy inwestycyjnej z dnia 15 kwietnia 2010 r. zawartej pomiędzy pozwanym a (...) S.A., udzielenia w dniu 4 lutego 2016 r. przez W (...) S.A. gwarancji wypłaty dotyczącego certyfikatów emitowanych przez W. (...), statusu powoda jako klienta pozwanego banku, złożenia przez powoda w dniu 12 lutego 2016 r. zapisu na wspomniane certyfikaty i uiszczenia środków w kwocie 208.539,97 zł na rachunek (...) Rolne (...) tytułem opłacenia 140 certyfikatów serii (...), zgłoszenia żądania wykupu certyfikatów w dniu 30 grudnia 2017 r. oraz likwidacji funduszu I (...), przebiegu postępowania likwidacyjnego i ustalonej w jego toku wartości aktywów netto na certyfikat inwestycyjny oraz wartości zobowiązań i roszczeń Funduszu, przebiegu postępowania reklamacyjnego zainicjowanego przez powoda oraz złożenia skargi do Komisji Nadzoru Finansowego, aktualnego na dzień orzekania stanu likwidacji Funduszu, sumy jego zobowiązań oraz roszczeń do zaspokojenia .

W tym zakresie nie zachodzi potrzeba powielania tych ustaleń.

Sąd Okręgowy jednak bezzasadnie pominął aktywną rolę pracownika banku - dyrektora oddziału w oferowaniu powodowi przedmiotowych certyfikatów, co zdaniem powoda nastąpiło z pominięciem przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. i w konsekwencji Sąd Okręgowy wykluczył, aby czynności podejmowane wobec powoda były wykonywane w ramach umowy o doradztwo inwestycyjne.

Zdaniem Sądu Odwoławczego, w tym zakresie zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez odmowę uznania wiarygodności tej części zeznań powoda dotyczących udziału i zaangażowania dyrektora oddziału A. M. i przygotowania przezeń propozycji inwestycyjnej.

Stanowisko Sądu Okręgowego jest przy tym niekonsekwentne, bowiem w części faktograficznej Sąd ten ustalił wszakże, iż to dyrektor oddziału pozwanego banku nawiązał kontakt z powodem oferując mu nabycie certyfikatów inwestycyjnych oraz że ofert takie otrzymywali klienci mający oszczędności powyżej 200.000 zł, a także - że całość dokumentacji związanej z ofertą nabycia certyfikatów została przygotowana i wypełniona przez pracowników pozwanej. Z zeznaniami powoda korelowała także treść korespondencji smsowej, również przywołanej przez Sąd a quo jako dowód w sprawie (k. 66), okoliczności, w jakich powód złożył zapis na certyfikaty zostały przez niego szeroko opisane jeszcze na etapie przedprocesowym w procedurze reklamacyjnej (k. 86 - 87) i w skardze do Komisji Nadzoru Finansowego (k. 377).

Sąd Okręgowy odmawiając wiary powodowi w zakresie, w jakim twierdził on, iż dyrektor oddziału rekomendował mu inwestycję gwarantując bezpieczeństwo inwestowania powołał się na brak potwierdzenia tych wywodów w pozostałym materiale dowodowym; rzecz jednak w tym, że właśnie przywołany wyżej materiał dowodowy, nota bene uwzględniony przez Sąd a quo w części faktograficznej uzasadnienia, uwiarygadnia wersję powoda, za którą przemawia także i ta ustalona przez Sąd a quo okoliczność, że powód wcześniej nie inwestował w instrumenty finansowe, poza nabyciem w 2005 r. obligacji Skarbu Państwa; nie poszukiwał w inkryminowanym okresie sposobu korzystnego ulokowania posiadanych oszczędności, a z pozwanym bankiem łączyła go jedynie umowa o prowadzenie rachunku bankowego.

Istotne było natomiast z punktu widzenia banku, że powód posiadał znaczne środki powyżej 200.000 zł, co wynika z zeznań świadka E. B. (2), która nie brała udziału w rozmowach z powodem i nie zajmowała się sprzedażą produktów finansowych, miała jednak wiedzę, że rozmowy takie prowadził jej ówczesny przełożony A. M., że chodziło o klientów dysponujących oszczędnościami przewyższającymi wskazaną wyżej kwotę.

Ona sama nie prowadziła rozmów marketingowych z klientami, według jej wiedzy zajmował się tym tylko A. M.. Świadek nie orientowała jednak, jak przebiegały rozmowy z powodem, czy była współpraca pozwanego z (...), nie pamiętała czy pracownicy banku przechodzili jakiegokolwiek szkolenia dotyczące procesu dystrybucji certyfikatów i czy otrzymywali z tego tytułu premie. Jak zeznała – do jej obowiązków należało tylko przedstawienie dokumentów do podpisu i wykonanie przelewu.

Trudno zatem na podstawie zeznań świadka E. B. (2) czynić ustalenia co do znajomości przepisów dotyczących rekomendowania klientom lokat i inwestycji przez pozwanego, przestrzegania procedur dotyczących rekomendowania wspomnianych produktów i dopasowywania ich do profilu inwestycyjnego powoda, a w tym właśnie zakresie Sąd a quo dał im wiarę, mimo że na ten temat świadek de facto się nie wypowiedziała.

W związku z tym zeznania tego świadka nie mogą stanowić podstawy do zanegowania wiarygodności stanowiska powoda, i w istocie nic nie naświetliły okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, podobnie jak i zeznania świadka K. T., które - jak słusznie odnotował Sąd Okręgowy - nie mogły mieć znaczenia dla sprawy, gdyż w lutym 2016 r. świadek nie była pracownikiem pozwanego.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż wbrew zapatrywaniu Sądu Okręgowego, na rzecz powoda została spełniona konkretna usługa, na skutek zawartej per facta concludentia umowy doradztwa inwestycyjnego, w ramach której zarekomendowano powodowi dokonanie zapisu na certyfikaty inwestycyjne.

Odwołując się do stanowiska judykatury Sąd Odwoławczy wskazuje, iż „zgodnie z treścią art. 76 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. w brzmieniu obowiązującym w dacie zaoferowania powodowi pośrednictwa w nabyciu certyfikatów inwestycyjnych, w umowie o doradztwo inwestycyjne firma inwestycyjna zobowiązuje się do przygotowywania w oparciu o potrzeby i sytuację klienta i przekazywania mu pisemnej lub ustnej rekomendacji dotyczącej:

1) kupna, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykonania lub wykupu określonych instrumentów finansowych albo powstrzymania się od zawarcia transakcji dotyczącej tych instrumentów;

2) wykonania lub powstrzymania się od wykonania uprawnień wynikających z określonego instrumentu finansowego do zakupu, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykonania lub wykupu instrumentu finansowego.

Umowa taka nie wymaga zachowania żadnej formy, mogła zatem zostać zawarta również ustnie, czy poprzez czynności dorozumiane. Definicja umowy o doradztwo inwestycyjne zawarta w art. 76 cytowanej ustawy jest wynikiem transpozycji do polskiego porządku prawnego unijnej definicji usługi doradztwa inwestycyjnego sformułowanej w art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy (...) oraz art. 52 dyrektywy 2006/73/WE i powinna być interpretowana z uwzględnieniem tych przepisów prawa unijnego. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy (...), doradztwo inwestycyjne oznacza świadczenie na rzecz klienta usług osobistego polecenia, czy to na jego prośbę, czy z inicjatywy przedsiębiorstwa inwestycyjnego w odniesieniu do jednej lub większej liczby transakcji dotyczących instrumentów finansowych". Z kolei art. 52 dyrektywy 2006/73/WE stanowi, że "do celów definicji "doradztwa inwestycyjnego" zawartej w art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2004/39/WE, zalecenie indywidualne oznacza zalecenie skierowane do osoby występującej w charakterze inwestora lub potencjalnego inwestora albo w charakterze przedstawiciela inwestora lub potencjalnego inwestora. Zalecenie to musi być przedstawione jako odpowiednie dla tej osoby lub oparte na analizie jego indywidualnej sytuacji oraz musi skłaniać do podjęcia jednego z następujących kroków:

a) zakupu, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykupu, przechowywania danego instrumentu finansowego bądź subskrypcji czy udzielenia gwarancji na taki instrument;

b) skorzystania lub nieskorzystania z praw wynikających z określonego instrumentu finansowego do zakupu, sprzedaży, subskrypcji, wymiany lub wykupu takiego instrumentu.

Na gruncie art. 76 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. rekomendacją jest opinia rekomendującego co do pożądanego sposobu działania jej adresata w odniesieniu do instrumentów finansowych, który - w opinii rekomendującego - jest korzystny dla adresata rekomendacji. Rekomendacja zostaje przygotowana na podstawie potrzeb i sytuacji klienta, a więc jest ona rekomendacją spersonalizowaną. Interpretując art. 76 ustawy w sposób proeuropejski, a w szczególności w świetle art. 52 dyrektywy 2006/73/WE, który stanowi m.in., że zalecenie to musi być przedstawione jako odpowiednie dla tej osoby lub oparte na analizie jego indywidualnej sytuacji, należy dojść do wniosku, że przesłanka przygotowania rekomendacji na podstawie potrzeb i sytuacji klienta może zostać spełniona w dwojakiego rodzaju sytuacji: po pierwsze, gdy udzielenie rekomendacji zostało poprzedzone rzeczywistym zbadaniem potrzeb i sytuacji klienta, lub po drugie, gdy autor przedstawia klientowi swoją rekomendację w taki sposób, że pośrednio lub bezpośrednio z jego wypowiedzi wynika, że rekomendacja została przygotowana na podstawie potrzeb i sytuacji klienta, co jest równoznaczne ze wskazaniem, że dana usługa jest dla niego odpowiednia. Innymi słowy, do uznania, że określona rekomendacja jest spersonalizowana, wystarczy, że w odbiorze potencjalnego adresata może ona sprawiać wrażenie, że jest dla niego odpowiednia, a więc oparta na analizie jego sytuacji i potrzeb. Dana rekomendacja stanowi usługę doradztwa inwestycyjnego także w tej sytuacji, gdy na podstawie jej treści odbiorca może odnieść wrażenie, że jest ona dla niego odpowiednia, nawet jeśli w rzeczywistości tak nie jest.

Bank może prowadzić działalność polegającą na świadczeniu usług doradztwa inwestycyjnego, nawet jednak, gdyby bank nie mógł prowadzić tego rodzaju działalności, to podejmując się doradztwa inwestycyjnego względem klienta, nie rzutowałoby to negatywnie dla oceny skuteczności i ważności tego rodzaju umowy, przeciwnie wskazywałoby to w jeszcze większym stopniu na nieprawidłowość działania banku.

Zgodnie z treścią § 15 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 listopada 2009 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych w brzmieniu obowiązującym w dacie zlecenia przez powoda nabycia certyfikatów inwestycyjnych (Dz. U. Nr 204, poz. 1577) przed zawarciem umowy o świadczenie usług maklerskich, z zastrzeżeniem § 16 i 20, firma inwestycyjna zwraca się do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie



podstawowych informacji dotyczących poziomu wiedzy o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych oraz doświadczenia inwestycyjnego, niezbędnych do dokonania oceny, czy instrument finansowy będący przedmiotem oferowanej usługi maklerskiej lub usługi maklerska, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, są odpowiednie dla danego klienta, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację. W myśl ust. 2 cytowanego przepisu informacje, o których mowa w ust. 1, dotyczą: rodzajów usług maklerskich, transakcji i instrumentów finansowych, które są znane klientowi; charakteru, wielkości i częstotliwości transakcji instrumentami finansowymi dokonywanych przez klienta oraz okresu, w którym były dokonywane; poziomu wykształcenia, wykonywanego obecnie zawodu lub wykonywanego poprzednio, jeśli jest to istotne dla dokonania oceny. § 16 ust. 1 tego rozporządzenia stanowi, że przed zawarciem umowy o doradztwo inwestycyjne firma inwestycyjna, którą jest również bank, zobowiązana jest zwrócić się do klienta albo potencjalnego klienta o przedstawienie podstawowych informacji dotyczących jego poziomu wiedzy o inwestowaniu, doświadczenia inwestycyjnego, sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych, aby móc dokonać oceny, czy usługa doradztwa inwestycyjnego jest odpowiednia dla niego. Oprócz tego firma inwestycyjna świadcząca usługę doradztwa inwestycyjnego zobowiązana jest zwrócić się do klienta o przedstawienie informacji niezbędnych dla ustalenia, że określona transakcja zawierana w toku świadczenia usługi: realizuje cele inwestycyjne danego klienta, nie jest związana z ryzykiem, którego poziom przekraczałby możliwości inwestycyjne klienta, oraz ma charakter pozwalający na jej zrozumienie i dokonanie oceny ryzyka z nią związanego przez danego klienta (§ 16 ust. 2). Firma inwestycyjna nie może świadczyć usługi doradztwa inwestycyjnego, jeśli nie uzyska informacji dotyczących wiedzy i doświadczenia klienta lub potencjalnego klienta w dziedzinie inwestycji odpowiedniej do tej usługi, jego sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych (§ 16 ust. 5). § 17 rozporządzenia stanowi, że w celu wykonania obowiązków, o których mowa w § 15 ust. 1 lub § 16 ust. 1, firma inwestycyjna jest uprawniona do wykorzystania informacji dotyczących klienta lub potencjalnego klienta, które pozostają w jej posiadaniu, o ile informacje te są aktualne. W takim przypadku nie stosuje się przepisów § 15 ust. 1 lub § 16 ust. 1 w zakresie obowiązku zwrócenia się przez firmę inwestycyjną do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie informacji”.

Pogląd powyższy, wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13 grudnia 2019 r., (sygn. akt V ACa 184/19, LEX nr 2763919), Sąd rozpoznający niniejszą sprawę aprobuje w całej rozciągłości, i odnotowuje również, że wyrok ten odzwierciedla szerszy nurt orzecznictwa na tle podobnych stanów faktycznych (por. wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 lutego 2020 r., sygn. akt VI ACa 714/18, LEX nr 3054145), z dnia 6 maja 2019 r., sygn. akt I ACa 1211/17 LEX nr 2689764). W niniejszej sprawie pracownik pozwanego banku, piastujący w jego oddziale stanowisko kierownicze, zarekomendował zatem powodowi w ramach zawartej w sposób konkludentny umowy doradztwa inwestycyjnego instrument finansowy najwyższego ryzyka - papiery wartościowe: certyfikaty inwestycyjne, jednocześnie zaniedbał wykonać względem niego obowiązków informacyjnych, o jakich mowa w § 15 i 16 cytowanego wyżej rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 listopada 2009 r.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego na gruncie wspomnianej dyrektywy (...) oraz transponujących tę dyrektywę do polskiego porządku prawnego przepisów rozporządzenia w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych stanowi przesłankę aktualizacji całego szeregu powiązanych z tą usługą obowiązków firmy inwestycyjnej wobec klienta. Obowiązki informacyjne ciążyą na firmie inwestycyjnej niezależnie od tego, czy świadczy ona usługę doradztwa inwestycyjnego na podstawie umowy, czy też nie. Normy te znajdują zastosowanie niezależnie od tego, czy do świadczenia usługi doradztwa inwestycyjnego dochodzi z inicjatywy klienta, czy też usługodawcy. Definicja umowy o doradztwo inwestycyjne pełni dwojaką funkcję: z jednej strony typizuje określony kontrakt, a z drugiej jednocześnie pośrednio definiuje pojęcie doradztwa inwestycyjnego jako rodzaju działalności faktycznej (usługi) podlegającej szczegółowej regulacji za pomocą norm publicznoprawnych zawartych w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi i rozporządzeniu w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych (por. T. Sójka. Komentarz do art. 76 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w: „Prawo rynku kapitałowego”, LEX 2015).

O wadze konieczności należytego wypełnienia obowiązku informacyjnego szeroko traktuje również orzecznictwo Sądu Najwyższego, który podkreśla, że obowiązek informacyjny banku, będącego instytucją zaufania publicznego, wzmacnia system prawny Unii Europejskiej, w szczególności uregulowania zawarte w dyrektywie nr 2004/39/

UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynku instrumentów finansowych (Dz.Urz.U.E.L 145 z 2004 r.) oraz dyrektywie nr 2004/73/WE Komisji z dnia 20 sierpnia 2006 r. wprowadzającej środki wykonawcze do dyrektywy nr 2004/39/UE (Dz.Urz.U.E.L 241 z 2006 r.) i rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1287/2006 z dnia 10 sierpnia 2006 r. (Dz.Urz.U.E.L 124 z 2006 r.), które to rozwiązania przyjęte w tych aktach zostały implementowane do krajowego porządku prawnego dopiero w wyniku nowelizacji ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (wyroki SN z dnia 16 marca 2018 r. IV CSK 250/17, LEX nr 2521611, z dnia 16 lutego 2012 r., IV CSK 225/11, LEX nr 1163927).

Znaczenie prawidłowości wykonywania obowiązku informacyjnego podkreśla także Komisja Nadzoru Finansowego, czego wyrazem jest jej decyzja z dnia 3 grudnia 2019 r. utrzymująca w mocy swoją wcześniejszą decyzję z dnia 6 maja 2019 r. o nałożeniu kary na podmiot wprowadzający inny niż pozwany Bank, niemniej z uzasadnienia tej decyzji wynika, iż dotyczy ona przynajmniej w części przypadków zbliżonych do stanu faktycznego niniejszej sprawy – między innymi świadczenia usług doradztwa inwestycyjnego bez uprzedniego formalnego zawarcia takiej umowy poprzez oferowania klientom zapisu na certyfikaty bez zachowania dbałości o ochronę ich interesów.

W tym stanie rzeczy obszerny wywód Sądu Okręgowego sprowadzający rolę pozwanego banku jedynie do roli dystrybutora certyfikatów i działającego – zgodnie z ze stanowiskiem tego Sądu - w sposób odpowiadający jego obowiązkowi przewidzianym w umowie z dnia 15 kwietnia 2010 r. o współpracy i pełnienie funkcji agenta firmy inwestycyjnej, nie mają żadnego znaczenia dla możliwości przyjęcia odpowiedzialności pozwanego. Nie jest rzeczą Sądu badanie, czy w sposób prawidłowy realizował powyższą umowę, łączącą go wszak z podmiotem trzecim lecz czy dochował należytej staranności w relacji z powodem.

Konsekwencją zaniechania spełnienia wobec powoda obowiązku informacyjnego, podejmowanie wobec powoda pewnych działań promocyjnych odnośnie przedmiotowych instrumentów finansowych i zarekomendowania mu określonego produktu bez zbadania jego profilu inwestycyjnego i bez rozważenia jego indywidualnej sytuacji oraz poziomu jego wiedzy inwestycyjnej jest przyjęcie, że pozwany tym samym dopuścił się deliktu, co uzasadnia jego odpowiedzialność z mocy art. 415 k.c. i art. 430 k.c., jako że pozwany ponosi odpowiedzialność za swojego pracownika, który w relacji z powodem działał w ramach swoich obowiązków służbowych.

Kierował bowiem indywidualne zaproszenia do powoda występując z pozycji osoby zatrudnionej w oddziale banku zajmując w nim stanowisko dyrektora; spotkanie, na którym powodowi przedstawiono ofertę inwestycji w certyfikaty odbyło się w gabinecie dyrektora. W konsekwencji nie można uznać tego za czynności świadczone "przy okazji", a pozwana nie podejmowała stosownych kroków w ramach nadzoru służbowego, milcząco akceptując prowadzenie przez tego pracownika tak rozumianego doradztwa. Powód natomiast słusznie traktując bank jako instytucję zaufania publicznego działał w przekonaniu o profesjonalizmie jego pracowników. Tracą w tej sytuacji na znaczeniu akcentowane przez Sąd a quo okoliczności o oświadczeniu przez powoda znajomości statutu i warunków emisji, zasad przydziału certyfikatów etc. w sytuacji, gdy prominentny pracownik bank jednocześnie rekomendował czy choćby tylko sugerował zainwestowanie w instrumenty finansowe najwyższego ryzyka, ignorując obowiązki przewidziane w § 15 i 16 cytowanego wyżej rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 listopada 2009 r.

Odnośnie do rozumienia pojęcia deliktu, to sięgając do orzecznictwa na tle art. 415 k.c. Sąd Apelacyjny wskazuje, iż bezprawnym jest zachowanie sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym, przez który rozumie się powszechnie obowiązujące nakazy i zakazy wynikające z normy prawnej, jak również nakazy i zakazy wynikające z norm moralnych i obyczajowych, czyli zasad współżycia społecznego. Bezprawność oznacza ujemną ocenę porządku prawnego o zachowaniu się sprawcy szkody. Bezprawnym jest zachowanie sprzeciwiające się porządkowi prawnemu jako całości, niezależnie od tego, czy jest ono zawinione, czy też niezawinione. Bezprawnym zachowaniem będzie więc takie zachowanie, które stanowi obiektywne złamanie określonych reguł postępowania, czyli będzie sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym. Przez "porządek prawny" rozumie się nakazy i zakazy wynikające z normy prawnej, ale również nakazy i zakazy wynikające z norm moralnych i obyczajowych, czyli zasad współżycia społecznego. Bezprawność w rozumieniu reżimu deliktowego jest efektem ogólnego, normatywnego zakazu, skutecznego erga omnes, niewyrządzania sobie nawzajem szkody. Dlatego czyn niedozwolony w znaczeniu art.

415 k.c. może mieć miejsce tylko wtedy, gdy sprawca szkody naruszył obowiązek powszechny, ciążyący na każdym. Bezprawność w rozumieniu art. 415 k.c. obejmuje swoim zakresem naruszenia przepisów prawa pozytywnego oraz zasad współżycia społecznego, a bezprawność zaniechania występuje wtedy, gdy istniał nakaz działania (współdziałania), zakaz zaniechania albo zakaz spowodowania skutku, jaki przez zaniechanie może być spowodowany. Do odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu czynu niedozwolonego na podstawie art. 415 k.c. kluczowe znaczenie ma możliwość przypisania sprawcy nieumyślności, sprowadzająca się do postawienia sprawcy zarzutu niedbalstwa. Chodzi tu o zachowanie odbiegające niekorzystnie od wzorca właściwego postępowania ustalanego na podstawie kryterium staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Dla przypisania niedbalstwa nie jest wystarczające ustalenie, że sprawca szkody nie zachował należytej staranności, konieczne jest jeszcze stwierdzenie, że podmiot ten mógł w danych okolicznościach należytą staranność zachować. Skoro przypisanie winy sprowadza się do postawienia sprawcy zarzutu, że postąpił on w sposób sprzeczny z normą postępowania, w pełni zasadnym jest wymóg, aby można było w danych okolicznościach oczekiwać od sprawcy dania posłuchu tej normie (por. wyroki SN z dnia 27 kwietnia 2016 r., II CSK 528/15, LEX nr 2066004, z dnia 21 maja 2015 r., IV CSK 539/14, LEX nr 1682734, wyrok SA w Poznaniu z dnia 8 października 2018 r., I ACa 16/198, LEX nr 2767899, wyrok SA w Białymstoku z dnia 21 sierpnia 2019 r. I AGa 18/19, LEX nr 2728136, wyrok SA w Warszawie z dnia 9 września 2019 r., V ACa 289/19, LEX nr 2763920).

Teza o popełnionym na szkodę powoda delikcie nie wyklucza jednocześnie, iż działania pozwanego mogły stanowić również nienależyte wykonanie umowy o doradztwo inwestycyjne, powód jednak jako alternatywną podstawę swojego roszczenia wskazywał właśnie delikt popełniony wskutek uchybienia obowiązkowi informacyjnemu, a całokształt wyżej przedstawionych okoliczności zdaniem Sądu Apelacyjnego, czyni tę tezę całkowicie zasadną. Obowiązki informacyjne, jak bowiem wyżej wskazano, odwołując się do poglądów wyrażonych w literaturze przedmiotu, ciążyą na firmie inwestycyjnej niezależnie od tego, czy świadczy ona usługę doradztwa inwestycyjnego na podstawie umowy, czy też nie.

W tym stanie rzeczy jako oczywisty jawi się wniosek, że gdyby nie działania pozwanego, powód nie ułożyłby posiadanych środków poprzez dokonanie zapisu na certyfikaty. Powód na ten cel przeznaczył kwotę 208.539,97 zł, z czego w niniejszym procesie dochodzi 78.539,97 zł, z ustaleń Sądu a quo wynika, że nie odzyskał on żadnej kwoty, a sam Fundusz jest w trakcie likwidacji, do zaspokojenia pozostają roszczenia o wartości ponad 2.000.000 zł. W tej sytuacji wywody Sądu a quo, jakoby powód dysponując nadal nabytymi certyfikatami nie poniósł szkody, a jej ewentualna wysokość będzie możliwa do ustalenia po zakończeniu procedury likwidacyjnej, żadną miarą nie zasługują na uwzględnienie gdyż abstrahują od realiów rynku finansowego. Powód nie dochodzi naprawienia szkody z racji tego, że inwestycja w certyfikaty przyniosła mniejszy zysk niż powód oczekiwał, bądź że zysk ten przyniosą w późniejszym czasie - szkoda powoda wynika z ubytku w jego majątku środków pieniężnych wydanych na zapisy na certyfikaty, które realnie nie mogą być umorzone.

Wobec powyższego żądanie powoda zasługiwało na uwzględnienie w całości na podstawie art. 415 k.c., a podstawę zasądzenia odsetek ustawowych za opóźnienie stanowił przepis art. 481 § 1 k.c. Sąd Apelacyjny jako datę początkową przyjął 12 czerwca 2018 r., to jest datę odmownej odpowiedzi na reklamację powoda z dnia 22 maja 2018 r., w której zgłosił on żądanie zwrotu kwoty 208.539,97 zł. Sąd Odwoławczy stoi bowiem na stanowisku, że roszczenia odszkodowawcze z tytułu czynu niedozwolonego należą do kategorii zobowiązań, o jakich mowa w art. 455 k.c. i powinny być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Skoro zaś pozwany w dniu 12 czerwca 2018 r. udzielił odpowiedzi odmownej na finansowe żądania powoda, to oczywistym jest, iż już przed tą datą powziął o nich wiadomość.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w sposób opisany w sentencji i uwzględnił powództwo zgodnie z żądaniem, oddalając je jedynie co do odsetek dochodzonych przez powoda już od dnia 12 lutego 2016 r.; w tym też zakresie Sąd Odwoławczy częściowo oddalił apelację na mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika i opłatę od apelacji Sąd orzekł na mocy art. 98 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. i § 2 pkt 6 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2008 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015.1800 ze zm.).

SSA Karolina Sarzyńska SSA Małgorzata Zwierzyńska SSA Jakub Rusiński