

**Sygn. akt V AGa 34/20**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2020 r.

**Sąd Apelacyjny w Gdańsku V Wydział Cywilny**

w składzie:

Przewodniczący: SSA Anna Strugała (spr.)

Sędziowie: SA Roman Kowalkowski

SA Wiesław Łukaszewski

po rozpoznaniu w dniu 28 kwietnia 2020 r. w Gdańsku

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z powództwa Banku (...) - Spółki Akcyjnej w W.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w G.

przy udziale interwenienta ubocznego po stronie pozwanej (...) S. B., E. B., A. (...) spółki jawnej w S.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt IX GC 990/17

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie IV (czwartym) poprzez jego uchylenie;

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanego oraz na rzecz interwenienta ubocznego kwoty po 4.050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

SSA Wiesław Łukaszewski SSA Anna Strugała SSA Roman Kowalkowski

Na oryginale właściwe podpisy.

**Sygn. akt V AGa 34/20**

## UZASADNIENIE

Powód, Bank (...) Spółka Akcyjna w W., wniósł pozew o zasądzenie od pozwanego, (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w G., kwoty 182.127,71 zł wraz z odsetkami ustawowymi od różnych kwot oraz dat, w każdym przypadku do dnia zapłaty. Powód wniósł także o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Uzasadniając pozew powód wyjaśnił, że na podstawie umowy przedstawicielskiej oferuje usługi (...) w swoich oddziałach i placówkach agencyjnych w ramach umowy outsourcingowych. Jedynym z outsoursantów powoda jest pozwany (...) S.A. w G. (dalej jako „Agent”), który do

wykonywania usługi wykorzystuje sieć swoich franczyzobiorców i placówek partnerskich. Współpracował pozwany w tym zakresie między innymi z (...) S. (...), E. (...), A. (...) spółką jawną z siedzibą w S. (zwanym dalej (...)). Według powoda – zasady współpracy Banku z Agentem określone były w Umowie Agencyjnej z 15 października 2004r. o świadczeniu usług w zakresie obsługi międzynarodowych i krajowych przekazów pieniężnych w ramach sieci (...). Dalej wskazał powód, iż w dniach 13-18.09.2012 r. zostały przyjęte wpłaty przez B. w celu wykonania przekazów (...). B. nie uregulował jednak zobowiązań wobec Banku z tytułu tych przekazów. Wartość zadłużenia z tytułu nie odprowadzonych we wskazanym okresie przez B. środków wyniosła 52.680.00 USD oraz prowizję z tytułu nierozliczonych transakcji w wysokości 6.245,30 zł, to jest w sumie kwotę 182.127,71 zł. Powód wskazał nadto, iż uzyskał od pozwanego informację, iż wpłaty przekazów (dalej jako „transakcje nieautoryzowane”) - wykonane były bez wiedzy franczyzobiorcy i pozwanego, który to przebieg wydarzeń potwierdzić miała kopia pisma, „zgłoszenia przestępstwa” z dnia 18 września 2012r., potwierdzającego okoliczności złożenia na Policji zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa komputerowego. Powód podkreślił, że wobec braku gotówki od pozwanego z tytułu wykonania transakcji nieautoryzowanych, Bank sprawdził w systemie transakcyjnym statusy stanu realizacji wysłanych transakcji. Weryfikacja potwierdziła, że wszystkie wysłane przekazy nieautoryzowane zostały wypłacone w krajach wskazanych jako miejsce ich odbioru. Z dokumentacji wynikało nadto, że po odbiór przekazów nieautoryzowanych zgłosiły się osoby fizyczne, które wylegitymowały się właściwymi dokumentami tożsamości wystawionymi na nazwiska wskazane w przekazach, i spełniły wszystkie warunki do wypłaty. Powód podkreślił, iż w dniu 5 grudnia 2012r. przesłał do pozwanego pismo zawierające wezwanie do zapłaty. Według powoda zobowiązanie obejmuje wartość wysłanych przekazów w kwocie 52 680 USD i wartość prowizji w kwocie 7524,42 PLN, po pomniejszeniu o kwotę prowizji należnej pozwanemu z tytułu wykonania dyspozycji wpłat przekazów (...) w kwocie 1279,12 zł. W odpowiedzi na wezwanie pozwany odmówił zapłaty, powołując się na brak winy. Zdaniem powoda agent ponosi odpowiedzialność za nierozliczenie się przez B. w zakresie zrealizowanych wpłat, gdyż przyjął w umowie odpowiedzialność za swoich franczyzobiorców na zasadzie art. 474 k.c. (§7 pkt 16 Umowy Agencyjnej”. Jako prawną podstawę roszczenia wskazywał powód art. 471 k.c. zw. z art. 473 i art. 474 k.c.. Zdaniem powoda - na skutek nienależytego wykonania umowy przez pozwanego poniósł powód szkodę, która nie została naprawiona. W ocenie powoda – w umowie pozwany przyjął na siebie odpowiedzialność za działania podmiotów, za pośrednictwem których realizuje umowę, jak za własne działania. Odpowiedzialność pozwanego opiera się zatem na zasadzie ryzyka. W piśmie z 01.09.2015 r. powód sprostował żądanie pozwu, dalej domagając się od pozwanego kwoty 170.145,62 zł z odsetkami ustawowymi liczonymi od następujących kwot:

- 19 280,67 zł od dnia 19.09.2012 r. do dnia zapłaty,
- 29 732,66 zł od dnia 20.09.2012 r. do dnia zapłaty,
- 28 964,30 zł od dnia 20.09.2012 r. do dnia zapłaty,
- 32 093,68 zł od dnia 20.09.2012 r. do dnia zapłaty,
- 32 226,20 zł od dnia 21.09.2012 r. do dnia zapłaty,
- 27 848,11 zł od dnia 22.09.2012 r. do dnia zapłaty.

Wobec braku wniesienia przez pozwanego odpowiedzi na pozew, jak i nieobecności na rozprawie, Sąd Okręgowy w W. w dniu 09.11.2015 r. wydał wyrok zaoczny, w którym orzekł zgodnie z żądaniem zmodyfikowanego pozwu, umarzając postępowanie w pozostałym zakresie.

W piśmie z 30.05.2017 r. pozwana Spółka wniosła sprzeciw od wyroku zaocznego, domagając się uchylenia wyroku, oddalenia powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu. Pozwany domagał się również przywrócenia terminu do złożenia sprzeciwu od wyroku zaocznego oraz wstrzymania wykonania zaskarżonego wyroku zaocznego w całości.

Postanowieniem z dnia 31.07.2017 r. Sąd Okręgowy w W. przywrócił pozwanemu termin do wniesienia sprzeciwu od wyroku zaocznego Sądu Okręgowego w W. z dnia 09.11.2015 r. Nadto tenże Sąd zawiesił rygor natychmiastowej wykonalności nadany punktowi I wyroku zaocznego wydanego przez Sąd Okręgowy w W. w dniu 09.11.2015 r.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Na podstawie art. 338§1 k.p.c. wniósł pozwany o orzeczenie w wyroku o zwrocie przez powoda świadczenia wyegzekwowanego przez Komornika sądowego w sprawie o sygnaturze akt Km (...) w łącznej wysokości 262 704,07 zł, w tym 170 145,62 zł z tytułu należności głównej, 80 433,45 zł tytułem odsetek oraz 12 125 zł z tytułu kosztów procesu. Pozwany podniósł nadto zarzut niewłaściwości Sądu, domagając się przekazania sprawy do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Gdańsku. Wystąpił pozwany nadto o zawiadomienie o toczącym się procesie i wezwanie do udziału w sprawie (...) S. B., E. B., A. (...) spółki jawnej w S.. Pozwany stwierdził, iż nie może ponosić odpowiedzialności wobec powoda z uwagi na brak winy w odniesieniu do zaistniałej sytuacji, która była rezultatem przestępstwa. Do nieautoryzowanych wypłat doszło bowiem pomimo dopełnienia przez pozwanego i jego subagenta wszelkich obowiązków, procedur i środków bezpieczeństwa, w tym środków bezpieczeństwa teleinformatycznego wynikających z zawartej przez strony umowy, w tym z załączników nr 2 i 2a.

W postanowieniu z 16.10.2017r. Sąd Okręgowy w W. stwierdził niewłaściwość miejscową i przekazał sprawę do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Do udziału w sprawie, w charakterze interwenienta ubocznego, przystąpił (...) S. B., E. B., A. (...) spółka jawna, wnosząc o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz interwenienta kosztów procesu. Interwenient uboczny zgodził się ze stanowiskiem pozwanej Spółki. Podkreślił, że w toku postępowania przygotowawczego, prowadzonego przez Prokuraturę Rejonową S. Ś. pod sygn. akt 2 Ds. (...), potwierdzono fakt popełnienia przestępstwa na szkodę powoda i wykluczono udział pracowników subagenta w tym procederze. Zdaniem interweniującego – spółka jawna (...) jako subagent dopełnił wszelkich ciężących na nim obowiązków, wobec czego nie ma podstaw do obciążenia pozwanej Spółki, ani też spółki (...), za skutki przestępstwa popełnionego przez nieznaną osobę lub osoby trzecie.

Wyrokiem z dnia 6 listopada 2019r. Sąd Okręgowy w Gdańsku:

- I. uchylił wyrok zaoczny wydany w tej sprawie 9 listopada 2015r. przez Sąd Okręgowy w W. za sygnaturą sprawy XX GC (...);
- II. umorzył postępowanie w sprawie w części, a to w przedmiocie żądania zapłaty kwoty 11 982,09 zł;
- III. oddalił powództwo w pozostałej części ,
- IV. zasądził od powoda Banku (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz pozwanego (...) spółki akcyjnej w G. kwotę 250 579,07 zł tytułem zwrotu wyegzekwowanego świadczenia;
- V. ustalił, że koszty procesu poniesie powód, pozostawiając referendarzowi sądowemu szczegółowe ich wyliczenie w relacji pomiędzy stronami oraz z tytułu udziału w sprawie interwenienta ubocznego, nadto z tytułu kosztów należnych Skarbowi Państwa; przy rozliczeniu kosztów referendarz uwzględni spis kosztów przedłożony przez interwenienta ubocznego, uwzględnieni także, na korzyść pozwanego, koszty postępowania wyegzekwowane już przez powoda na podstawie wyroku zaocznego z 9 listopada 2015r.

Zasadnicze powody tego rozstrzygnięcia były następujące:

W dniu 1.02.2003 r. poprzednik prawny powoda – Bank (...) Spółka Akcyjna (jako Przedstawiciel) - zawarł z (...) (...) ((...)), spółką prawa amerykańskiego, międzynarodową umowę przedstawicielską. Umowa ta dotyczyła transakcji handlowych, które polegać miały między innymi na wykonywaniu usługi przekazu pieniężnego, do których umowa

zaliczała transakcje wypłaty środków przez klienta indywidualnego, gdzie odbiorca otrzymuje środki, oraz transakcje wysłania środków przez klienta indywidualnego, co polegać miało na wniesieniu opłaty oraz środków pieniężnych w celu ich przekazania Odbiorcy w innej Agencji. Wskazana umowa przewidywała ustanawianie przez Przedstawiciela – przedstawicieli pośrednich, po ich zatwierdzeniu przez (...) oraz po zawarciu dodatkowej umowy powołującej przedstawicieli pośrednich, z przedstawieniem (...) także kopii wszelkich kontraktów i innych umów, jakie mają być zawarte przez Przedstawiciela z przedstawicielem pośrednim, celem zatwierdzenia. Zgodnie nadto ze wskazaną umową Przedstawiciel przyjmować miał płatności za przekazy pieniężne wyłącznie w gotówce w oficjalnych środkach płatniczych na terytorium swojego działania, lub innych walutach zatwierdzonych przez (...). Przedstawiciel nie miał realizować transakcji wysłania środków pieniężnych – jeżeli z góry nie zostanie zapłacona całość opłat i kwoty głównej, jaka ma zostać przekazana. Przedstawiciel przekazywać miał (...) szczegółowe informacje dotyczące usług przekazu pieniężnego zrealizowanych przez niego lub za jego pośrednictwem – w ciągu dziesięciu minut po przedstawieniu ich Nadawcy. Wpłaty przedstawiciel wykonywać miał zgodnie ze standardami czasowymi określonymi w Standardach Usługi.

Przy zawarciu umowy przedstawicielskiej Przedstawiciel potwierdził otrzymanie Międzynarodowych Zasad Obsługi (...), jako część Standardów Usługi, których Przedstawiciel miał przestrzegać.

Umowa przedstawicielska jak wyżej przewidywała także wykonanie dla przedstawiciela, a przez (...), po zawarciu umowy, początkowego szkolenia wybranych pracowników przedstawiciela, które miało umożliwić im szkolenie personelu obsługi świadczącego usługę przekazu pieniężnego. Przedstawiciel z kolei zobowiązał się do przeszkolenia swoich pracowników z wykorzystaniem materiałów szkoleniowych dostarczonych przez (...). Po okresie 180 dni od zawarcia umowy przedstawicielskiej – szkolenia ze strony (...) miały być odpłatne.

Umowa przedstawicielska przewidywała także, iż Przedstawiciel odpowiedzialny będzie za zapewnienie i zainstalowanie na koszt własny w każdej swojej Agencji – wszelkiego sprzętu koniecznego do świadczenia usługi przekazu pieniężnego, w tym terminali do wprowadzania danych dotyczących przekazu pieniężnego i przesyłania ich do węzła telekomunikacyjnego wskazanego przez (...). (...) przekazać miał Przedstawicielowi specyfikację niezbędnego sprzętu, z możliwością zmian specyfikacji. (...) dostarczyć miał także Przedstawicielowi bezpłatnie – kopię oprogramowania komputerowego wymaganego w związku ze sprzętem wskazanym w specyfikacji, z udzieleniem odpowiedniej licencji na korzystanie z tego oprogramowania.

W umowie przedstawicielskiej Bank zobowiązał się do dołożenia najwyższej staranności chroniąc poufność między innymi danych identyfikacyjnych, jak i innych elementów usługi przekazu pieniężnego, w tym wszystkich środków i procedur bezpieczeństwa i zapobiegania oszustwom, stosowanych przez (...)

Umowa przedstawicielska stanowiła, iż przedstawiciel będzie odpowiedzialny wobec (...) za wszystkie transakcje Usługi (...) wysłane przez lub za pośrednictwem systemu przetwarzania danych, urządzeń telekomunikacyjnych, centrum obsługi klienta, pracowników, agentów i/lub pośredników przedstawiciela, w tym między innymi za transakcje oszukańcze, „nawet jeżeli przedstawiciel przestrzegał warunków niniejszego par. 9.1”. Umowa przedstawicielska przewidywała nadto wykupienie przez Przedstawiciela określonych umów ubezpieczenia, gdzie (...) miał być podmiotem dodatkowo ubezpieczonym. W umowie jak wyżej zamieszczony był także zapis, iż żadna zez stron nie będzie odpowiedzialna za niewykonanie lub opóźnienie w wykonaniu swoich zobowiązań – jeżeli spowodowane to będzie wskazanymi w umowie okolicznościami, jak pożar, powódź, katastrofa żywiołowa, działanie siły wyższej itp.

Poprzednik prawny powoda, Bank (...) Spółka Akcyjna, zawarł z pozwanym (...) spółką akcyjną, jako agentem, jak i jego franchisingobiorcami wymienionymi w załączniku nr 1, w dniu 15.10.2004 r. umowę agencyjną. Na podstawie tej umowy pozwany jako agent zobowiązał się do stałego wykonywania usług w zakresie obsługi międzynarodowych i krajowych przekazów pieniężnych w ramach sieci (...), polegających na:

- dokonywaniu w lokalach swoich franchisingobiorców wymienionych w załączniku nr 1 - wypłat na rzecz klientów przekazów pieniężnych z dowolnej agencji (...),

- przyjmowania w lokalach swoich franchisingobiorców, wymienionych w załączniku nr 1 do umowy, środków pieniężnych od klientów w celu transferu tych środków za granicę do dowolnej agencji (...),
- przyjmowania w lokalach swoich franchisingobiorców, wymienionych w załączniku nr 1 do umowy, środków pieniężnych od klientów w celu transferu tych środków do dowolnych agencji (...) na terenie kraju.

Zgodnie ze wskazaną umową - pozwany oraz jego franchisingobiorcy świadczyć mieli usługi na rachunek i w imieniu (...) S.A. Szczegółowy opis czynności wchodzących w zakres przedmiotu umowy – określać miała Instrukcja dotycząca przekazów pieniężnych w ramach sieci (...), będąca załącznikiem nr 2 do umowy (§1). Nadto – Agent i jego franchisingobiorcy świadczyć mieli usługi zgodnie z instrukcjami otrzymanymi z (...) S.A., przy czym Bank dostarczyć miał agentowi pisemną Instrukcję usług, jak i bieżącego jej aktualizowania w związku z wprowadzanymi zmianami, przy czym zmiana Instrukcji nie wymagała zmiany umowy (§2 umowy). Zgodnie z umową z 15.10.2004r. pozwany jako Agent - zapewniać miał warunki bezpieczeństwa wykonywania czynności objętych przedmiotem umowy oraz przejął pełną odpowiedzialność materialną za ewentualne straty wynikłe na skutek nie zapewnienia bezpieczeństwa lokalu, jak również nie stworzenia właściwych warunków dla tych czynności (§4 pkt 4).

Niezwłocznie po przyjęciu zlecenia od klienta, franchisingobiorcy Agenta przekazywać mieli do (...) S.A.- Biuro (...) w W. dane dotyczące przekazu zgodnie z Instrukcją. Franchisingobiorcy pozwanego korzystający z komputerowych terminali systemu (...) mieli przysyłać zapytania do Centralnej Bazy Danych firmy (...) oraz dokonywać wpłat i wypłat przekazów (...) bezpośrednio na terminalu komputerowym, bez konieczności kontaktowania się z Biurem (...) S.A. w W.. W tym przypadku franchisingobiorcy pozwanego postępowali mieli zgodnie z instrukcjami obsługi systemu (...) zawartymi w załącznikach 2 a i 2b do umowy.

Agent przyjął na siebie odpowiedzialność za swoich franchisingobiorców uczestniczących w realizacji umowy w zakresie określonym w załączniku nr 2 i 2a i na zasadzie określonej w art. 474 k.c. jak za własne działania (§7 pkt 16). Realizacja (wypłata) przekazu z zagranicy oraz przekazu nadanego w kraju miała być dokonywana wyłącznie w złotych polskich, w formie: wypłaty gotówki z kasy. Przekazy pieniężne za granicę, zgodnie z umową, mogły być dokonywane wyłącznie w złotych polskich. Celem zabezpieczenia ryzyka (...) S.A. ustanowił dla każdego franchisingobiorcy pozwanego dzienny limit wpłat kwot przekazów za granicę oraz przekazów krajowych w kwocie 10.000 zł. Limit ten miał być ustanowiony w systemie transakcyjnym (...)

Franchisingobiorcy agenta przyjmować mieli środki na przekazy za granicę wyłącznie w formie wpłat gotówkowych do kasy. Transfer środków pieniężnych za granicę nie miał być wykonany, zanim kwota przekazu wraz z opłatami nie zostanie zapłacona przez klienta. Za realizację zlecenia franchisingobiorca pozwanego miał pobierać od zleceniodawcy opłaty w złotych polskich- zgodnie z aktualnie obowiązującym cennikiem (§11 pkt 1, 3, 6, 7 i 8).

Rozliczenia finansowe między stronami umowy z tytułu przekazów z zagranicy, przekazów za granicę oraz przekazów krajowych, opłat i prowizji miały być dokonywane w każdy dzień tygodnia oprócz sobót i niedziel. Przekazanie środków finansowych odbywać się miało w trzecim dniu roboczym (data waluty) po dacie dokonania transakcji (wpłata/wypłata środków w lokalu franchisingobiorcy pozwanego). Transakcje wykonane w sobotę miały być rozliczane razem w transakcjami wykonywanymi w piątek, podczas gdy przekazanie środków miało nastąpić miało w środę. W przypadku dnia ustawowo wolnego od pracy przekazanie środków miało nastąpić w następnym dniu roboczym (§13 umowy). Wynagrodzeniem Agenta z tytułu świadczenia usług polegających na przyjmowaniu i realizacji przekazów za granicę oraz przekazów krajowych – miała być otrzymywana od (...) S.A. prowizja w wysokości 16 % opłaty pobranej od klienta, której podstawę obliczenia stanowiła:

- tabela opłat za realizację przekazów za granicę- załącznik nr 4- dla przekazów za granicę,
- tabela opłat za realizację przekazów wewnątrz kraju w PLN- załącznik nr 5 dla przekazów krajowych (§ 15 umowy).

Dla potrzeb rozrachunków Banku i Agenta – Bank przekazywać miał Agentowi zestawienia analityczne transakcji objętych uznaniem, z podaniem placówek oraz wysokości kwot należnych z tytułu refundacji kwot przekazów

wypłaconych w złotych polskich, oraz należnych Agentowi prowizji, przy czym zestawienie to sporządzana być miało, i przekazywane Agentowi zbiorczo, w dniu przekazania środków (§16 pkt 1 i 3 umowy).

W umowie agencyjnej jej strony postanowiły, iż ponoszą wobec siebie pełną odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu nienależytego wykonania umowy na zasadach określonych w art. 471 i następnych kodeksu cywilnego. Odpowiedzialność ta była wyłączona w sytuacji gdy szkoda stanowiła wynik działania Agenta jego franchisingobiorcy zgodnie z instrukcją dostarczoną przez (...) S.A., stanowiącą załącznik nr 2 i 2a (§18 umowy).

Na skutek realizacji przekazów, i przyjęcia w związku z tym wpłaty, Agent uiszczać miał na rzecz Banku należne kwoty zbiorczo, na wskazane w umowie rachunki bankowe, odrębnie na skutek rozliczenia przekazów oraz opłat za ich wykonanie (§17 umowy).

Pośród franchisingobiorców Agenta, w załączniku do umowy, wskazana została między innymi firma (...) ze S..

W załączniku nr 2 do umowy z 15.10.2004r., Instrukcji dotyczącej przekazów pieniężnych przez sieć (...) dla Agenta, zamieszczone zostały bliższe wskazówki dla potrzeb wykonania tak wypłat przekazów, jak i wykonania przekazów z Polski za granicę kraju. I tak wypłata przekazu polegać miała, zgodnie z instrukcją, na wypłaceniu odbiorcy kwoty przekazu w złotych polskich, po uprzednim potwierdzeniu transakcji przez (...) SA. Dalej w instrukcji wskazano bliżej czynności Agenta przy wypłacie, jak sprawdzenie danych osobowych klienta wpisanych do formularza (...), wpisanie do tego formularza danych dotyczących dowodu tożsamości klienta, przesłanie faksem formularza wypłaty do (...) SA – Biura (...) w W., wraz z podaniem kodu swojej placówki, wreszcie dokonania wypłaty, to po otrzymaniu faksem potwierdzenia z Biura (...). Według Instrukcji – Biuro (...) sprawdza wiarygodność przekazu w systemie komputerowym w trybie on-line przez Centralną Bazę Danych w B.. Po otrzymaniu informacji o zaakceptowaniu transakcji przez Centralną Bazę Danych – Biuro (...) w W. sporządzać miało potwierdzenie przekazu w formie wydruku komputerowego opatrzonego stemplem dysponenckim, który to wydruk przesyłany miał być faksem do placówki Agenta dokonującego wypłaty. Brak potwierdzenia transakcji przez Centralną Bazę Danych w B. – stanowić miało podstawę do nie dokonania wypłaty dla klienta, a przystąpienia do szczegółowych wyjaśnień co do czasu oraz bliższych danych osoby nadającej przekaz, także numeru kontrolnego transakcji.

Zasadność dokonania transakcji w innych nieprzewidzianych sytuacjach – wyjaśniać miało bezpośrednio biuro (...) W. z jednostką (...) (...) w B.. Z kolei dla wykonania przekazu z Polski za granicę kraju, Agent powinien między innymi przyjmując od klienta wypełniony formularz wpłaty, sprawdzić poprawność wypełnienia tego formularza, ze sprawdzeniem danych osobowych z dowodem tożsamości klienta, wypełnić prawą stronę formularza (...), w szczególności przez wpisanie typu, serii i numeru dowodu tożsamości klienta oraz kraju wydającego i daty ważności dokumentu tożsamości. Formularz wpłaty powinien zawierać między innymi imię i nazwisko oraz adres adresata przekazu, imię i nazwisko osoby nadającej przekaz, kwotę przekazu, kraj przeznaczenia. Po przyjęciu wpłat od klienta, w złotych polskich, to jest kwoty przekazu oraz należnej opłaty – Agent powinien opatrzyć formularz wpłaty stemplem dysponenckim, wpisać na formularzu kod swojej placówki i przesłać tenże formularz faksem do Biura (...) w W.. Wskazane Biuro nadać winno transakcji 10 cyfrowy numer kontrolny transakcji. Po przesłaniu do Agenta kopii formularza wpłaty z tym 10 cyfrowym numerem kontrolnym, klient otrzymać mógł informację o dostępności przekazu dla odbiorcy w dowolnej agencji (...). Wypłata przekazu następować miała w walucie kraju przeznaczenia (pkt II Instrukcji).

Załącznikiem nr 2a do umowy z 15.10.2004r. była natomiast Instrukcja przekazów pieniężnych poprzez sieć (...) (...) dla jednostek Agenta korzystających z terminali komputerowych systemu (...). Dla wykonania przekazu za granicę w tej sytuacji klient winien wypełnić również lewą stronę formularza (...), z podaniem danych osobowych nadawcy i odbiorcy przekazu, także kwoty przekazu w PLN, kraju przeznaczenia. Klient wpłacić winien także „do kasy” kwotę przekazu w PLN lub wydać stosowaną dyspozycję obciążenia wskazanego rachunku bankowego prowadzonego w (...) S.A., nadto uiścić odpowiednią opłatę.

Z kolei Agent dla potrzeb realizacji przekazu za granicę przy dostępie do terminala systemu (...) – powinien sprawdzić zgodność informacji podanych w formularzu (...) z dowodem tożsamości klienta, następnie wypełnić prawą

stronę formularza (...), z wpisaniem tu danych o dokumencie tożsamości klienta. Formularz tej Agent opatrzyć winien następnie kodem swojej placówki. Następnie Agent powinien zalogować się do systemu (...) na terminalu komputerowym i po wybraniu opcji F5 –S. M., wpisać z wypełnionego formularza (...) dane w odpowiednie pola na ekranie terminala. Agent postępować miał tu zgodnie z Podręcznikiem Użytkownika Systemu (...) wersja 2.1.2. stanowiącym załącznik nr 2b do Umowy. Po wydrukowaniu na drukarce podłączonej do terminala potwierdzenia dokonania przekazu wraz z 10 –cyfrowym Numerem Kontrolnym Transakcji, Agent powinien to potwierdzenie opatrzyć stemplem dysponenckim oraz wpisać podany numer kontrolny na formularzu (...). Agent wydać winien klientowi kopię formularza (...) wraz z potwierdzeniem dokonania transakcji.

Zgodnie nadto z Instrukcją – ewentualne reklamacje związane z wypłatą przekazu za granicę wyjaśnia Biuro (...) S.A. w W. bezpośrednio z (...) (...) w B. .

W dalszych załącznikach do Umowy z 15.10.2014r. –zamieszczone zostały między innymi tabele: prowizji dla Agentów za realizację przekazów z zagranicy i kraju wypłaconych w PLN, opłat za realizację przekazów za granicę, opłat za realizację przekazów wewnątrz kraju.

Załącznikiem umowy nr (...) było pełnomocnictwo dla (...) S.A. – do wykonywania w imieniu Banku (...) S.A. czynności objętych umową agencyjną z dnia 15.10.2004r., to jest do przyjmowania wpłat i realizacji przekazów (...) za granicę, przyjmowania wpłat i realizacji przekazów (...) w kraju, jak i do realizacji wypłat przekazów (...) z zagranicy i z kraju.

Do umowy z 15.10.2004r. jej strony zawarły 09.03.2005r. Aneks nr (...). Przewidywał on między innymi zmianę umowy podstawowej w ten sposób, iż na wypadek niemożności obsługi klientów przez Agentów i placówki jego franchisingobiorców, obsługę klientów przejmować miały wyznaczone oddziały Banku (...) S.A.

Zgodnie z §11 umowy w zmienionej aneksem treści – Bank (...) S.A. ustanawia dla każdego franchisingobiorcy Agentów limit wpłat kwot przekazów za granicę oraz przekazów krajowych „w wysokościach podanych w Załączniku nr 11”. Limit ten miał być ustanowiony w systemie transakcyjnym (...) (...).

Aneks nr (...) przewidywał także zmianę załącznika nr 2a, w tym przez wskazanie, iż jednostkowy limit wypłaty nie może przekraczać 10 000 PLN. W przypadku realizacji wypłaty przekraczającej podany limit – należało przekazać taką wypłatę faksem do realizacji przez Zespół (...).

Zmiana Załącznika nr 2a umowy aneksem nr (...) – polegała także na wprowadzeniu tu jednostkowego limitu realizacji zlecenia na przekazy za granicę, który nie mógł przekroczyć 6 000 PLN. W przypadku realizacji wypłaty przekraczającej podany limit – należało przesłać ją faksem do realizacji przez Zespół (...), na podany w Aneksie numer telefonu.

Aneks nr (...) do umowy z 15.10.2004r. wprowadzał załącznik do umowy ze wskazaniem dziennych limitów dla wpłat. Wymieniona tu została między innymi firma (...) ze S., z limitem dziennym wpłat w kwocie 25 000 zł.

Z kolei 7 czerwca 2005r. zawarty został przez zainteresowane strony Aneks nr (...) do umowy z 15.10.2004r.. Przewidywał on dodanie ust. 2 i 3 do § 10 umowy, zgodnie z którymi: (2) realizacja przekazu z zagranicy dokonywana jest w złotych polskich lub dolarach amerykańskich, a przekazu nadanego w kraju dokonywana jest tylko w złotych polskich w formie wypłaty gotówki z kasy, (3) „wypłaty w dolarach amerykańskich mogą być dokonywane tylko przez kantory określone w załączniku nr 12 do niniejszej umowy”. Aneks nr (...) zawierał przy tym określenie wysokości prowizji Agentów od wypłat zrealizowanych w USD, a nadto określenie sposobu i terminów rozliczeń z tytułu wypłat przekazów zrealizowanych w USD. Aneks nr (...) wprowadzał załącznik nr 12 do umowy, ze wskazaniem tu placówek wyznaczonych do dokonywania wypłat przekazów (...) w dolarach amerykańskich, z wyszczególnieniem tu firmy (...) ze S..

Dnia 20 lipca 2005r. strony umowy z 15.10.2004r. zawarły Aneks nr (...), w którym doszło do rozszerzenia „Wykazu placówek Agentów” o nowe placówki franchisingobiorców (...) S.A.. W Aneksie nr (...) zmieniono także wykaz placówek realizujących wypłaty w USD.

Także Aneks nr (...) do umowy z 15.10.2004r. – przewidywał aktualizację Wykazu placówek Agentu z dniem 12.01.2006r., nadto aktualizację Załącznika nr 12 umowy – Wykazu placówek wyznaczony do dokonywania wypłat przekazów (...) w dolarach amerykańskich.

Aneks nr (...) przewidywał także zmianę załącznika nr 11 do Umowy, przez rozszerzenie dziennego limitu wpłat kwot za granicę oraz przekazów krajowych. W tymże załączniku nr 11 wskazano wówczas przy firmie (...) ze S. – kwotę 25 000 złotych.

W oparciu o aneks nr (...) do umowy z 15.10.2004r., zawarty dnia 04.04.2006 r., wprowadzono do umowy zapis, iż placówki franchisingobiorców Agentu korzystające z komputerowych terminali systemu (...) dokonują wpłat i wypłat przekazów (...) bezpośrednio na terminalu komputerowym (...). Realizując zlecenie, placówki franchisingobiorców Agentu postępować miały zgodnie z procedurą „Proces obsługi międzynarodowych i krajowych przekazów pieniężnych (...) wykonywanych przez (...) Banku (...) S.A.” stanowiącą załącznik nr 2, nadto zgodnie z (...)stanowiącą załącznik nr 2 a do umowy.

Aneks nr (...) wprowadzał do aneksowanej umowy także obszernie zapisy dotyczące ochrony tajemnic przedsiębiorstw i danych klientów. Wprowadzono tym aneksem także uproszczenie trybu rozszerzenia listy franchisingobiorców, co następować miało w drodze zgłoszenia nowego podmiotu.

Aneks ten wprowadził także do aneksowanej umowy zapis o odpowiedzialności Agentu za działania swoich franchisingobiorców uczestniczących w realizacji umowy w zakresie określonym w załączniku nr 2 i 2a – na zasadzie określonej w art. 474 k.c., tzn. jak za własne działanie.

Aneks nr (...) do umowy z 15.10.2004r. zawarty został 02.01.2008r., już z udziałem Banku (...) S.A., jako następcą prawnym Banku (...) S.A., w związku z podziałem tego ostatniego Banku. Aneksem tym zaktualizowany został załącznik nr 1 do umowy – wykaz placówek Agentu.

Zgodnie z Aneksem nr (...) – franchisingodawcy Agentu działać mieli w imieniu (...) (§ 2 Aneksu).

Nadto zgodnie z Aneksem nr (...) - placówki franchisingobiorców Agentu korzystające z komputerowych terminali systemu (...) dokonują wpłat i wypłat przekazów (...) bezpośrednio na terminalu komputerowym (...). Realizując zlecenie, placówki franchisingobiorców Agentu postępują zgodnie z Procedurą „Proces obsługi międzynarodowych i krajowych przekazów pieniężnych (...) wykonywanych przez (...) Banku (...) S.A. na podstawie dyspozycji klienta składanej dla wpłat w formie ustnej lub pisemnej”, która to Procedura stanowić miała załącznik nr 13 do umowy, a nadto zgodnie z „Przewodnikiem po aplikacji (...)”, który stanowić miał załącznik nr 14 do umowy.

Aneks nr (...) wprowadził do aneksowanej umowy zmienioną treść ustępu 8 w § 7, który stanowił, iż Agent bierze odpowiedzialność za swoich franchisingobiorców uczestniczących w realizacji umowy w zakresie określonym w Załączniku nr 2, 2a lub 13 na zasadzie określonej w art. 474 k.c., tzn. jak za własne działanie.

Aneksem nr (...) wprowadzono do umowy także zmianę do §10 ust. 5 umowy, zgodnie z którym „Szczegółowe zasady wypłat przekazów z zagranicy i przekazów krajowych określone są w części I Załącznika nr 2 i 2a (dla wypłat dokonywanych z wykorzystaniem systemu transakcyjnego (...)) lub Załączniku nr 13 (dla wypłat dokonywanych z wykorzystaniem systemu transakcyjnego (...)).”.

Aneks nr (...) przewidywał nadto umowny zapis, iż Bank (...) S.A. ustanawia dla każdego franchisingobiorcy Agentu wymienionego w Załączniku nr 1 do umowy – dzienny limit wpłat przekazów za granicę oraz przekazów krajowych w wysokości podanej w Załączniku nr 11 umowy Wysokość dziennego limitu wpłat kwot za granicę oraz przekazów krajowych. Limit podlegał wprowadzeniu do systemów transakcyjnych (...) lub (...). Dzienny limit dla nowych franchisingobiorców ustalony był przy tym jednolicie – na kwotę 10 000 zł, dla pierwszych sześciu miesięcy działania. Podwyższenie limitu następować miało w formie pisemnej, w formie protokołów.



Według Aneksu nr (...) nadto – szczegółowe zasady wysyłania przekazów z Polski poza granice kraju określone zostały w części II Załącznika nr 2 i 2a (dla wypłat dokonywanych z wykorzystaniem systemu transakcyjnego (...)) lub Załącznika nr 13 (dla wpłat dokonywanych z wykorzystaniem systemu transakcyjnego (...)).

W znowelizowanym Aneksem nr 7 Załącznika nr 1 umowy – wymieniona została firma (...) w S..

Aneks nr (...) do umowy z 15.10.2004r. zawarty został 18.11.2008r. i zawierał zapisy dotyczące płatności na rzecz Banku przez Agenta „zbiorczych” kwot z tytułu kwot przekazów za granicę, także z tytułu opłat i prowizji, przekazów za granicę i krajowych, ze wskazaniem określonych numerów rachunków bankowych

Mocą aneksu nr (...) z dnia 03.11.2010 r. przyjęto, iż strony umowy ustalają, iż wnioski o nadanie uprawnień/zlikwidowanie uprawnień/zmianę hasła w systemie (...) będą przesyłane przez Agenta w formie papierowej, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do Umowy.

Aneks nr (...) powtarzał uprzednio już wprowadzone do aneksowanej umowy postanowienia o ustanowieniu dziennego limitu wpłat kwot przekazów za granicę oraz przekazów krajowych, zgodnie z Załącznikiem nr 11 Umowy, z zachowaniem limitu 10 000 zł dla nowych franchisingobiorców. Zmiana limitu następować miała na wystąpienie Agenta i po akceptacji przez Bank, bez konieczności aneksowania umowy. Limit wpłat podlegać miał wprowadzeniu do systemu transakcyjnego (...).

W zmienionym Aneksem nr 9 Załącznika nr 11 umowy – dla firmy (...) w S., jak i dla firmy (...) S. (...) Spółka Jawna w S. - wpisane były kwoty 30 000 zł jako limit wpłat kwot za granicę oraz przekazów krajowych.

Zawarcie aneksu nr (...) z dnia 01.03.2011 r. – miało na celu dostosowanie zapisów Umowy w sposób umożliwiający realizację przekazów pieniężnych w sieci (...) (...) Wpłaty, w tym polegających na przyjmowaniu i realizacji przekazów wychodzących za granicę (WPLATY) w dolarach amerykańskich (USD).

Zgodnie z Aneksem nr (...) – przekazy pieniężne wychodzące za granicę (WPLATY) mogą być dokonywane w złotych polskich lub w dolarach amerykańskich. Wpłaty w dolarach amerykańskich mogą być dokonywane tylko przez franchisingobiorców i partnerów Agenta wymienionych w załączniku nr 1 do Aneksu.

Według tego Aneksu nadto - wzajemne rozliczenia między stronami z tytułu realizacji przekazów w złotych - miały być przeprowadzane w złotych polskich, a z tytułu przekazów za granicę realizowanych w dolarach amerykańskich - w dolarach amerykańskich.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do tego aneksu - wyłącznie (...) D. H. T. przysługiwał status partnera (...) S.A. realizującego wpłaty w USD.

Na mocy aneksu nr (...) z dnia 08.08.2011 r. – Bank zobowiązał się dostarczyć Agentowi Instrukcję usług (Procedura – „Obsługa międzynarodowych i krajowych przekazów pieniężnych (...) wykonywanych przez (...) Banku (...) SA ” oraz do bieżącego jej aktualizowania w związku z wprowadzanymi zmianami. Informacja o zmianach przekazywana być miała do Agenta na piśmie albo pocztą elektroniczną, a ich wprowadzenie nie wymagało zmiany umowy, przy czym zmiany miały obowiązywać po 7 dniach od daty otrzymania.

Aneksem nr (...) w treści § 4 Umowy dodano nowy ustęp, stosownie do treści którego włączenie do sieci (...) nowej placówki franchisingobiorcy lub partnera Agenta wymagało otrzymania akceptu od Irlandzkiego Urzędu (...) (...) („...”). Każdy z partnerów lub agentów zobowiązany był do podpisania odrębnej umowy z firmą (...) (...) (...) (...) (...) S.A po otrzymaniu od Agenta umowy podpisanej przez franchisingobiorcę lub partnera w ciągu 2 dni roboczych dokonywać miał jej przesłania do firmy (...) i niezwłocznie po otrzymaniu akceptu – przekazać Agentowi informacje o terminie rozpoczęcia usługi.

Po zmianach w kolejnych Aneksach, jak i już bez aneksowania umowy, – Załącznik nr 2 do umowy z 15.10.2004r. – zawierał wskazówki co do Obsługi międzynarodowych i krajowych przekazów pieniężnych (...) wykonywanych przez

(...) Banku (...) S.A.. W podstawowych informacjach zawarty był tu zapis, iż przekazy krajowe realizowane są wyłącznie w PLN, a przekazy wychodzące za granicę realizowane są w PLN albo USD. Zgodnie z dalszą treścią Załącznika nr 2 - przy realizacji przekazów – wykorzystywany jest system transakcyjny dostarczany przez (...). Dostęp do systemu umożliwiają certyfikaty wystawiane przez (...) dla oddziału/placówki Agenta, przy czym jeden certyfikat może być zainstalowany tylko na jednym komputerze. Od momentu otrzymania certyfikatów Agent jest odpowiedzialny za prawidłowe zabezpieczenie plików zawierających certyfikaty i hasła instalacyjne przed nieuprawnionym dostępem i za wszystkie transakcje wykonane w systemie transakcyjnym przy ich użyciu. Zarządzanie dostępem do systemu transakcyjnego w zakresie nadawania czy zmiany uprawnień i zmiany haseł – następować miało na podstawie indywidualnych wniosków, które przekazywane być winny do Banku (...) pocztą, bądź też pocztą elektroniczną. Dalej Załącznik nr 2 przedstawiał kolejne czynności niezbędne do realizacji przekazu, ze sposobami wypełniania odpowiedniego formularza, uzyskiwaniem autoryzacji przekazu i realizacja przekazu w formie elektronicznej

Załącznikiem nr 15 do Procedury (...) pozostawała Instrukcja instalacji certyfikatów (...). Zawierała ta Instrukcja wymagania minimalne oraz rekomendowane systemu transakcyjnego (...). Zgodnie z instrukcją – wyodrębnione z archiwum pliki z certyfikatami i hasłami należy zapisać w katalogu, zabezpieczonym przed nieuprawnionym dostępem.

Instrukcja zawierała dalej szczegółowe określenie czynności przy instalacji certyfikatu, także dla potrzeb konfiguracji przeglądarki internetowej E., uruchomienia systemu transakcyjnego (...), usuwaniu problemów z uruchomieniem tego systemu

(...)S.A. już 02.09.2009r. zawarł z (...) (...) (...) (...) ( (...)), spółką irlandzką, umowę w sprawie nadzoru subagentów. W preambule tej umowy powołano się na przepisy prawne Unii Europejskiej, które ustanawiają od 1 listopada 2009r. pojedynczy rynek usług płatniczych oferowanych w UE i EOG, Dyrektywę w Sprawie Usług Płatniczych (2007/64/EC), która stworzyć ma system regulujący udzielanie pozwoleń firmom na oferowanie usług płatniczych w obrębie UE i EOG. Zgodnie z tą umową – (...) będzie zarządzać, nadzorować i kontrolować Usługi Przekazów Pieniężnych firmowane przez (...), które są świadczone przez Subagenta zgodnie z dyrektywą PSD. Subagent przestrzegać miał instrukcji (...) w zakresie usługi, świadczenie których zostało powierzone subagnetowi. Wykonanie zobowiązań Subagenta wynikających z umowy subagencyjnej oraz jej zgodności z właściwymi przepisami prawa oraz z procedurami (...) mającymi na celu wykrywanie i zapobieganie przed praniem pieniędzy i dokonywaniem innych niewłaściwych przekazów, podlegać miały nadzorowi i kontroli przez (...), jego audytorów i Irlandzki Organ (...) lub ich przedstawicieli. Celowi temu służyć miały obszerne uprawnienia kontrolne wobec subagenta. Subagent zobowiązał się na bieżąco przeprowadzać kontrole celem weryfikacji zgodności jego działań z zobowiązaniami wynikającymi z Umowy Subagencyjnej.

W kwietniu 2012r. (...) S.A. wystąpił do Komisji Nadzoru Finansowego z wnioskiem o wydanie zezwolenia na świadczenie usług płatniczych w charakterze krajowej instytucji płatniczej. Wniosek ten rozpoznany został przez KNF pozytywnie, przy czym stosowną decyzję KNF wydała 27 maja 2014r.

W dniach od 13 do 18 września 2012r. w systemie transakcyjnym (...) zarejestrowanych zostało szereg transakcji przekazów w walucie USD, na kwoty od 1700 USD do 3 600 USD, na łączną kwotę 52 680 USD, przy czym były to przekaz nieautoryzowane. Przekazy te zarejestrowane zostały w systemie transakcyjnym (...) jako zrealizowane przez (...)w S. przy ul. (...), ze wskazaniem numeru IP komputera używanego w tej firmie, także właściwego numeru identyfikacyjnego i nazwiska operatora. Suma tak wykonanych przekazów z jednego dnia – nie przekraczała kwoty 10 000 USD, to jest kwocie, na którą w systemie transakcyjnym (...) ustawiony był dzienny limit wpłat dla B., to pomimo faktu, iż w umowie z Bankiem – limit ten określony był kwotą 30 000 złotych.

Zdaniem właściciela serwisu transakcyjnego (...) – już w 2012r. limity transakcyjne, funkcjonujące jako dzienne oraz transakcyjne, funkcjonowały odrębnie dla różnych walut. W przypadku firmy wykonującej przekazy wyłącznie w złotych – ze względów bezpieczeństwa limity dla operacji w innych walutach winny być ustawione na takim poziomie aby uniemożliwić wysłanie przekazu. W rzeczywistości w przypadku (...) w 2012r. w systemie transakcyjnym

funkcjonował tylko jeden uniwersalny limit dzienny – 10 000 USD, co odpowiadało w przybliżeniu kwocie 30 000 zł. Po zdarzeniu polegającym na wykonaniu nieautoryzowanych przekazów – doszło do zmiany ustawienia limitów dla firmy (...), gdzie agent mógł już ustalać limity osobno dla różnych walut.

W piśmie z 18.09.2012r. właściciel firmy (...) złożył na Policji zgłoszenie przestępstwa, które polegać miało na wprowadzeniu do systemu nieautoryzowanych transakcji wpłat przekazów pieniężnych (...). Zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa zgłosiła w tej sprawie także spółka (...) SA.

Na skutek zgłoszenia przestępstwa jak wyżej – Prokuratura Rejonowa 22.10.2012r. postanowiła o wszczęciu śledztwa w sprawie zdarzenia mającego miejsce od 13.09.2012r. do 18.09.2012r., to jest przełamania elektronicznych zabezpieczeń do terminala spółki jawnej (...) w S. i wykonania nieautoryzowanych przekazów pieniężnych na łączną kwotę 169 103zł, na szkodę (...) spółka jawna w S..

Śledztwo prowadzone było za sygnaturą sprawy 2Ds (...), następnie 2 Ds (...) i 2Ds (...). Przesłuchano w tej sprawie właściciela oraz wielu pracowników firmy (...), w tym trzy osoby obsługujące przekazy w systemie transakcyjnym (...) z wykorzystaniem komputera, którego numer IP wskazywany był w nieautoryzowanych transakcjach przekazów. Wynikało z zeznań tych osób, iż w firmie (...) powszechna było przekonanie pracowników co do możliwości (uprawnienia) wykonania przekazów (...) (wpłat) tylko w polskiej walucie. Jeden tylko z pracowników miał wiedzę, że system transakcyjny dopuszczał wykonanie przekazu w USD, co miało się już uprzednio, na skutek omyłki, wydarzyć. Pracownicy zgodnie wskazywali sposób wykorzystania serwisu transakcyjnego (...), z niezbędnością specjalnego certyfikatu, z użyciem loginów i haseł.

Z zeznań świadków – pracowników firmy (...) wynikało i to, iż do wykonywania przekazów (...) we wskazanej firmie przeznaczone były dwa komputery, użytkowane w dwóch różnych budynkach, przy nieco odmiennym sposobie użytkowania każdego z nich; komputer o nr IP wskazanym na spornych przekazach – wykorzystywany była także do przeglądania stron internetowych, ściągania stąd plików, co nie miało miejsca przy korzystaniu z drugiego komputera.

Świadkowie przesłuchani dla potrzeb postępowania prokuratorskiego wskazywali także, iż na spornym komputerze doszło 12.09.2012r. do utrudnienia, nie można było zalogować się do serwisu transakcyjnego (...). Po skonsultowaniu się z pracownikiem banku (...) SA – pracownik B. sprawdził instalację certyfikatu (...), stwierdzając jego brak. Certyfikat ten został ponownie zainstalowany w następnym dniu, to jest 13.09.2012r., przez zatrudnionego w firmie (...) informatyka.

Realizacja nieuprawnionych przekazów ujawniona została w Banku 18.09.2012r., przy okazji przygotowywania rozrachunku z Agentem. W tym też czasie pracownik Banku skontaktował się telefonicznie z pracownikiem B. pytając dlaczego realizowane są przekazy w USD pomimo, iż B. nie ma do tego uprawnień. Po przejrzaniu transakcji w systemie (...) – pracownicy B. stwierdzili tu wykonanie, od 13.09.2012r., przekazów w dolarach amerykańskich, to pomimo, iż takich przekazów i wpłat nie wykonano w B.. W czasie wyjaśniania tych kwestii z Bankiem – w systemie transakcyjnym (...) inicjowane były dalsze przekazy w USD, bez żadnego udziału pracownika B.. W uzgodnieniu z pracownikami Banku podjęta została decyzja o zablokowaniu portalu transakcyjnego firmy (...). Mimo tej blokady – datowane 18.09.2012r. przekazy ze wskazaniem nr IP komputera firmy (...) zostały przeprowadzone.

Kwoty przekazów zarejestrowanych w serwisie transakcyjnym (...) w dniach 13-18.09.2012r. – wypłacone zostały adresatom na terenie Rosji, Ukrainy oraz Wielkiej Brytanii. Przesłuchanie niektórych z tych odbiorców dla potrzeb postępowania prokuratorskiego w sprawie 2Ds (...) – nie doprowadziło do ujawnienia osoby czy osób, które wykonały czynności informatyczne dla potrzeb realizacji przekazów. I. K. zaprzeczył by odbierał przekaz, wskazał, iż uprzednio skradziony mu został paszport. Na czasową utratę dokumentów wskazał także I. H.. Nie znaleziono pod wskazanym adresem odbiorcy E. Z.. M. A. potwierdził odbiór kwoty przekazu dla znajomego, prawdopodobnie Rosjanina, którego bliższych danych nie potrafił wskazać. M. B. i D. G. (1) potwierdzili odbiory przekazów na zlecenie innych osób, odpłatnie.

W postępowaniu karnym jak wyżej zabezpieczono jako dowód należący do B. komputer, ze wskazaniem adresu IP którego wykonano sporne przekazy. Komputer ten był przedmiotem badania rzeczoznawcy dla potrzeb wykonania ekspertyzy kryminalistycznej mającej na celu czy doszło do przełamania zabezpieczenia komputera i włamania do jego systemu, w jaki sposób przełamano zabezpieczenie, czy doszło do tego z dowodowego komputera czy spoza serwera, czy są ślady wskazujące na realizację spornych przekazów przy użyciu badanego komputera, czy można ustalić numer IP sprawców przekazów, czy na komputerze znajduje się oprogramowanie umożliwiające wgląd w dane informatyczne bez upoważnienia przez osoby trzecie, w jaki sposób zostały one wykorzystane.

W badanym komputerze ujawniono na dysku twardym dwie partycje, z zainstalowanym na jednej – systemie operacyjnym W. (...). (...) operacyjny posiadał trzy skonfigurowane profile.

Po przeskanowaniu wszystkich plików – stwierdzono w wielu złośliwe oprogramowanie S..Z.. (...) (T.-S.. (...).(...)), które ukierunkowane jest na kradzież poufnych danych użytkownika, jak loginy i hasła, jak i ustawień konfiguracyjnych systemu, ze szczególnym uwzględnieniem transakcji finansowych. W ekspertyzie stwierdzono, iż nie można wykluczyć, iż osoba niepowołana uzyskała dostęp do zasobów badanego komputera i dokonała przedmiotowych przelewów, lub uzyskała niezbędne dane i wykonała przelewy przy użyciu innego komputera w sieci Internet. W ekspertyzie zaznaczono, iż jeśli osoba niepowołana uzyskała dostęp do badanego komputera i przy jego pomocy wykonała przekazy, to adres IP wskazywać może, że przekaz wykonany został z badanego komputera.

W badanym komputerze na dysku twardym ujawniono pliki, które mogły stanowić zainstalowane Certyfikaty (...)

Na badanej jednostce komputerowej ujawniono zainstalowany program antywirusowy A. P., który posiadał bazę wirusów z dnia 19.09.2012r., bez możliwości ustalenia czy baza ta została zaktualizowana przed czy po przedmiotowym zdarzeniu.

Badany komputer miał też zainstalowany program do obsługi poczty elektronicznej M. T. 12.0.1.. Użytkownicy komputera mogli korzystać z poczty e-mail poprzez przeglądarkę internetową.

W odpowiednim pliku ujawniono w tymże komputerze także wykaz najczęściej odwiedzanych stron internetowych.

Nie ujawniono tu zapisanej historii przeprowadzonych transakcji finansowych, które jednak mogły być dostępne tylko z poziomu aplikacji, po uprzednim zalogowaniu się do niej.

Badanie komputera nie doprowadziło do ujawnienia jak mogło dojść do przełamania zabezpieczeń tego komputera. Badanie nie doprowadziło także do ustalenia adresów IP sprawców, którzy mogliby dokonać przełamania zabezpieczeń komputera. Postępowanie prokuratorskie w sprawie 2 Ds. (...) (dawniej 2 Ds. (...)/ 2 Ds. (...)) zostało następnie prawomocnie umorzono, wobec niewykrycia sprawcy przestępstwa. Zażalenie (...) SA nie zostało uwzględnione.

Wykonanie nieautoryzowanych przekazów w dniach od 13 do 18 września 2012r., i zabór tym sposobem środków finansowych, nastąpił w wyniku przeprowadzonego ataku hackerskiego „M. (...) M.”. Atak tego rodzaju stanowi zagrożenie nawet dla szyfrowanej komunikacji typu klient – serwer. Koncepcja tego ataku przewiduje podsłuch i przejęcie połączenia, nawet w przypadku braku możliwości złamania stosowanego przez strony komunikacji algorytmu szyfrowania. Ataki hackerskie typu M. (...) M. wykorzystują często luki w oprogramowaniu. Inną metodą dla pozyskania niezbędnych danych – jest ustawienie pomiędzy klientem oraz serwerem niewidocznego serwera pośredniczącego, przechwytyjącego, deszyfrującego i odczytującego ruch SSL. Funkcjonują narzędzia elektroniczne, które umożliwiają przechwycenie certyfikatów, loginów i haseł.

„Oszukanie” programu antywirusowego dla specjalisty – nie stanowi problemu. W tym celu należy doprowadzić do stanu, w którym wykonane zostaną pewne skrypty, które nie są wirusami a umożliwiają np. dodatnie wyjątku do programu antywirusowego i otwarcie portów komunikacyjnych oraz rozpoczęcie nasłuchu. Następnie skrypt łączy się z Internetowym hostem X, z którego pobiera dalszą część i poprzez połączenie (mutacje skryptów) pobiera właściwe

oprogramowanie, którego definicja dodana została do programu antywirusowego, lub dodana do głównych procesów komputera, które program antywirusowy traktuje jako właściwe. W taki sposób mógł zostać pobrany T.-S. (...)Z., który nie został wykryty przez program antywirusowy.

Instrukcja obsługi systemu transakcyjnego (...) zawierała zapisy w przedmiocie instalacji certyfikatu w przeglądarce Internet E., z wkopiowaniem do katalogu C pliku zawierającego certyfikat oraz pliku hasła do certyfikatu, co nawet po skasowaniu tego katalogu – umożliwiało odzyskanie plików.

Istnieją informatyczne zabezpieczenia przed podjęciem działań jak w tej sprawie, skutkujących wykonaniem nieautoryzowanych przekazów, jednak koszt ich wdrożenia jest znaczny i nieosiągalny dla małych firm. Niemniej jednak przy właściwej polityce bezpieczeństwa teleinformatycznego i stosowaniu dodatkowej autoryzacji na zakończenie transakcji, np. takich jak SMS, token czy kody jednorazowe – mogą zabezpieczać transakcje.

Nawet jednak przy najlepszych zabezpieczeniach informatycznych – najsłabszym ogniwem jest człowiek, co przesądza o celowości szkoleń użytkowników z zakresu bezpieczeństwa teleinformatycznego.

Strona pozwana, i jej agent, zastosowała znane i dostępne środki ochrony wyszczególnione w „Wymaganiach dla systemu transakcyjnego (...)”.

Zawarta przez strony umowa nie traktuje natomiast o zabezpieczeniach informatycznych. „Wymagania...” określają jedynie ramy systemowe.

Przy prawidłowo ustawionych zabezpieczeniach systemowych, z zachowaniem zasady najmniejszego przywileju, korzystając z uprawnień (...) – przy realizacji przekazów nie powinno dojść do przekroczenia limitów oraz wykonania przekazów w dolarach. Obowiązek właściwych ustawień limitów obciąża administratora systemu transakcyjnego.

Analizując błędy, niedociągnięcia i zaniedbania, które mogły przyczynić się do dokonania nieautoryzowanych przekazów, stopnie możliwego przyczynienia się do zajścia tych zdarzeń – określić można procentowo, a to 1,7857% po stronie (...) oraz 98,2142% po stronie Banku (...) S.A.

Po stronie (...) do niedociągnięć zaliczyć można napowietrzną linię kablową, tylko z częściowym nadzorem kamer, oraz małą świadomość użytkowników systemu.

Niedociągnięcia po stronie Banku to brak teleinformatycznych zabezpieczeń dla połączeń, brak właściwie nadanych uprawnień dla użytkownika, brak blokady waluty oraz limitów dla użytkownika, brak dokumentacji bezpieczeństwa teleinformatycznego, brak szkoleń dla użytkownika z uwzględnieniem bezpieczeństwa teleinformatycznego, brak nadzoru bankowego transakcji, wadliwie napisana instrukcja instalacji certyfikatów.

Powód wezwał pozwanego pismem z dnia 05.12.2012 r. do zapłaty kwoty 52.680 USD z tytułu wykonania przekazów pieniężnych (...), oraz kwoty 6.245,30 zł tytułem nierozliczonych prowizji. Powód powołał się w wezwaniu do zapłaty – na umowę z 15.10.2004r., jej zapis zgodnie z treścią §7 ust. 8 Aneksu nr (...), wedle którego Agent ponosi odpowiedzialność za działania swoich franchisingobiorców, którymi się posługuje w wykonywaniu umowy, uczestniczących w realizacji umowy w zakresie określonym w Załączniku nr 2 i 2a na zasadzie określonej w art.474 k.c., tzn. jak za własne działanie. Zdaniem wzywającego – nieuregulowane zobowiązanie finansowe będące „przedmiotem roszczenia” wynikać miało z transakcji wpłat przekazów (...) wykonanych przy użyciu uprawnień należących do Franchisingobiorcy Agent w dniach 13-18 września 2012r., które wzywający wymienił w załączniku wezwania. Wzywający wskazał także, iż wykonawcę przekazów wskazała firma (...), to (...) spółka jawna w S.. Wzywający wskazał i to, iż obowiązek zapewnienia bezpiecznych warunków dla realizacji przekazów (...) został uregulowany w procedurze produktowej, stanowiącej załącznik nr 2 do w/w umowy agencyjnej, o treści „Od momentu otrzymania certyfikatów Agent jest odpowiedzialny za prawidłowe zabezpieczenie plików zawierających certyfikaty i hasła instalacyjne przed nieuprawnionym dostępem, i za wszystkie transakcje wykonane w systemie transakcyjnym przy ich użyciu”.

W odpowiedzi na powyższe pismo, pozwany pismem z dnia 10.01.2013 r. wskazał, że nie może ponosić odpowiedzialności z uwagi na brak winy. Wyjaśniał pozwany, iż do nieautoryzowanych wpłat doszło pomimo zastosowania przez pozwanego oraz jego subagenta wszelkich określonych umową agencyjną i wymagalnych procedur oraz środków bezpieczeństwa, w tym środków bezpieczeństwa teleinformatycznego.

Na podstawie wydanego w przedmiotowej sprawie wyroku zaocznego z dnia 09.11.2015 r., przed zawieszeniem rygoru natychmiastowej wykonalności, Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym G. Północ w G. prowadził postępowanie egzekucyjne pod sygn. akt KM (...), w toku którego wyegzekwował od pozwanego na rzecz powoda łącznie kwotę 262.704,07 zł. Przedmiotem wskazanego postępowania egzekucyjnego był między innymi dług główny – 170 145,62 zł, oraz odsetki – 80 433,45 zł i koszty postępowania sądowego.

Należność ta została w całości wyegzekwowana, a postępowanie egzekucyjne zostało zakończone. W czerwcu 2016r. interwient uboczny zlikwidował środek trwały – zestaw komputerowy kupiony w 2010r.

Stan faktyczny w rozpoznawanej sprawie Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o zaferowane przez strony i interwienta dowody o charakterze dokumentów, w tym dokumentów prywatnych, które stanowią dowód tego, że osoby, które je podpisały, złożyły oświadczenia w nich zawarte (art. 245 k.p.c.). W odniesieniu natomiast do dokumentów urzędowych Sąd miał na uwadze, iż stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo poświadczane (art. 244 § 1 k.p.c.). Uwzględnił Sąd w ustaleniach także przedłożone w sprawie inne dokumenty w rozumieniu art. 243<sup>1</sup> k.p.c.

Sąd meriti podkreślił, iż związanie stron węzłem obligacyjnym, umową, pozostawało w sprawie niesporne, jako że strona pozwana nie podważała tak twierdzeń powoda w tym zakresie, jak i dokumentu umowy wraz z załącznikami i aneksami.

Ustalenie treści umowy agencyjnej na przestrzeni czasu – wymagało analizy także aneksów do umowy, jak i załączników, które zawierały istotne postanowienia określające zakres praw i obowiązków stron umowy, a także podmiotów współpracujących z pozwaną Spółką dla wykonywania umowy (franchisingobiorców).

Na podkreślenie zasługuje to, iż z literalnej treści umowy wynikało, iż w istocie Franchisingobiorcy Agenta pozostawali także związani umową, w istocie pozostawali jej uczestnikami, stronami, wobec jednoznacznego w tym przedmiocie zapisu wstępu umowy, gdzie Agent występuje, zawiera umowę, również w imieniu „kantorów wymiany walut, wymienionych w Załączniku nr 1 do niniejszej umowy”, zwanymi także, dla potrzeb zawarcia umowy, franchisingobiorcami. W tej sytuacji, w przypadku konsekwencji działania jednego z franchisingobiorców, w ocenie Sądu Okręgowego, powołana w pozwie umowa agencyjna – pozostawała co do zasady odpowiednią podstawą do kierowania przez Bank roszczeń wprost do określonego franchisingobiorcy. Jednakże, wobec zamieszczenia w umowie zapisu o odpowiedzialności Agneta za franchisingobiorców, wydaje się słusznym wniosek, iż roszczenia mające podstawę w umowie, a związane z działaniem jednego z franchisingobiorców, Bank kierować mógł także do Agenta, który pozostawał także płatnikiem zwykłych świadczeń należnych bankowi z tytułu czynności podejmowanych przez franchisingobiorców.

Sąd Okręgowy zważył ponadto, iż przedstawione przy pozwie jako załączniki pierwotnej treści umowy – dwie instrukcje dotyczące przekazów pieniężnych, także nie korespondowały z treścią instrukcji, która obowiązywać miała w 2012r., bowiem sam powód przedstawił także załącznik nr 2 umowy po „aktualizacji” na dzień 01.01.2012r., w istocie w szacie i treści w części odmiennej aniżeli pierwotna treść tych załączników. Mając na uwadze, iż strona pozwana nie podważała treści załącznika nr 2 umowy, także „po aktualizacji”, mając też na uwadze treść art. 229 k.p.c. oraz 230 k.p.c. – Sąd dał wiarę powodowi, iż w 2012r. obowiązującym pozostawał załącznik nr 2 umowy po aktualizacji z początkiem 2012r..Obszerniejsza treść tego załącznika nawiązywała do kolejno zawieranych Aneksów do umowy podstawowej, z których wynikała bez wątpienia postępująca informatyzacja usługi przekazu pieniężnego, gdzie nieprzydatne stawało się faksowanie formularzy wpłat czy wypłaty, a transakcje z czasem wykonywane były wprost we właściwym systemie elektronicznym. Spostrzec należało jednak, że ta „najnowsza” Instrukcja w istocie nie miała formy właściwej dla dokumentu prywatnego bowiem nie była podpisana przez przedstawicieli żadnej ze stron.

W sprawie nie wykazano przy tym w jakiej dacie ta znowelizowana Instrukcja przekazana została Agentowi, jednak wobec braku opozycji strony pozwanej – Sąd uznał, iż Instrukcja ta, w formie i treści załączonej do pozwu, znana była Agentowi przed zajściem spornego zdarzenia we wrześniu 2012r.

Uwzględniając charakter i podstawę roszczeń powoda zawartych w pozwie, definiowanych jako odszkodowanie, ze wskazaniem jako podstawy roszczeń art. art. 471, 473 i 474 k.c., Sąd Okręgowy miał na uwadze w pierwszym rzędzie te zapisy umowne, które odnosić się mogły do odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego Agenta, czy też jego franchisingobiorców; a zatem zapis §7 pkt 16 umowy, a po zawarciu Aneksu nr (...) - §7 pkt 7, a po zawarciu Aneksu nr (...) - §7 pkt 8, wedle którego Agent przyjął na siebie odpowiedzialność za franchisingobiorców uczestniczących w realizacji umowy w zakresie określonym w załączniku nr 2, 2a lub 13 na zasadzie określonej w art. 474 k.c., tzn. jak za własne działanie.

O odpowiedzialności odszkodowawczej odnosi się także § 18 umowy, wedle którego Agent i Bank ponoszą wobec siebie odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu nienależytego wykonania umowy na zasadach określonym w art. 471 i następnych Kodeksu cywilnego. Odpowiedzialność jest wyłączona w sytuacji, gdy szkoda jest wynikiem działania Agenta lub jego franchisingobiorcy zgodnie z instrukcją dostarczoną przez Bank stanowiącą Załącznik nr 2 i 2a do Umowy.

Związek z „odpowiedzialnością” wykazuje też niewątpliwie zapis Instrukcji, który stanowi, iż „Od momentu otrzymania certyfikatów Agent jest odpowiedzialny za prawidłowe zabezpieczenie plików zawierających certyfikaty oraz hasła instalacyjne przed nieuprawnionym dostępem i za wszystkie transakcje wykonane w systemie transakcyjnym przy ich użyciu. Agent odpowiada za prawidłowe użytkowanie systemu na zasadach określonych w niniejszej procedurze”.

Na podstawie załączników pozwu, dowodów o charakterze prywatnym, Sąd ustalił nadto, iż powód został przez Agenta poinformowany o zgłoszeniu przestępstwa, które polegać miało na wprowadzeniu do systemu transakcyjnego nieautoryzowanych transakcji – przekazów, a mimo to, nie czekając na wynik postępowania karnego, powód skierował do Agenta w grudniu 2012r. wezwanie do zapłaty z uwzględnieniem przekazów, które miały nie mieć pokrycia we wpłatach.

Zestawienie transakcji, które miały nie być autoryzowane, i nie miały pokrycia we wpłatach, pozostawało niesporne, jak i to, co wynikało z pisma właściciela serwisu transakcyjnego, iż przekazy zrealizowane zostały ze wskazaniem na nich określonego numeru IP komputera, wykorzystywanego przez franchisingobiorcę pozwanego, i z użyciem hasła dostępowego stosowanego przez pracownika tegoż franchisingobiorcy.

Sąd Okręgowy pominął dowód z dokumentów, załączników pozwu, które nie zostały przedstawione w formie tłumaczenia na język polski, co odnosi się do części zapisów formularzy wypłat. Uwzględnił Sąd jednak, iż przeciwnik, pozwany, nie kwestionował i tego twierdzenia powoda, iż sporne, nieautoryzowane przekazy zostały zrealizowane w tym sensie, że doszło do wypłat adresatom kwot przekazów. Fakt ten wynikał także niezbicie z dowodów zgromadzonych w śledztwie, gdzie świadkowie – odbiorcy przekazów, w przeważającej mierze potwierdzili odbiór kwot przekazów. W tej sytuacji, przy niesporności kwestii realizacji przekazów, aż do wypłaty sum przekazów, dowodzenie tej okoliczności także dokumentami – potwierdzeniami wypłat, jawiło się jako zbędne, to wobec treści art. 229 i 230 k.p.c.. Powód przedstawił nadto częściowe tłumaczenia formularzy, korespondujące ze zgodnym stanowiskiem stron co do wypłat przekazów. Za rzetelne i wiarygodne Sąd Okręgowy uznał także dowody dokumentowe, które powołała i przedstawiła strona pozwana z odpowiedzią na pozew. Sąd miał tu na uwadze, iż autentyczności tych dowodów nie kwestionowała strona powodowa, a zarzut ich nieczytelności został uwzględniony przez sięgnięcie do zbioru zawierającego oryginały dokumentów, to jest akt śledztwa, dla potrzeb którego sporządzona została tak powoływana przez pozwanego ekspertyza, jak i zapisy zeznań świadków. W odniesieniu do tych ostatnich dowodów Sąd miał na uwadze, iż uwzględnienie ich przeczy zasadzie bezpośredniości postępowania przed sądem orzekającym, skoro świadkowie przesłuchani byli poza sądem. Dowody dokumentowe zawierające zeznania świadków ze śledztwa Sąd a quo jednak przyjął dla potrzeb ustalenia przesłanek, zatem ustaleń jakie legły u podstaw późniejszego

umorzenia śledztwa. Sąd zważył, iż zeznania świadków – pracowników B. dla potrzeb śledztwa, pozostawały zgodne co do tego, iż w firmie (...) w dniach 13-18 września 2012r. nie doszło do przyjęcia wpłat w dolarach amerykańskich, nie było takich wpłat, jak i co do tego, iż B. nie miał uprawnień do przyjmowania wpłat w dolarach USD. Żaden z nich nie potrafił wskazać metody, mechanizmu, przy zastosowaniu którego przekazy zostały jednak w systemie transakcyjnym przeprowadzone. Wykonawcy przekazów nie wskazały także inne osoby przesłuchane w śledztwie, czego konsekwencją było zakończenie śledztwa przez jego umorzenie, co bezsprzecznie stwierdzały także przedłożone przez pozwanego dokumenty urzędowe.

Tego rodzaju dokumenty, urzędowe, stwierdzały także przeprowadzenie przez powoda skutecznego postępowania egzekucyjnego wobec pozwanego, na podstawie wydanego w niniejszej sprawie wyroku zaocznego, ze ściąganiem tak długu głównego jak i odsetek oraz kosztów postępowania rozpoznawczego.

Sąd Okręgowy z urzędu przeprowadził dowody z opinii biegłego sądowego, to dla ustalenia możliwego mechanizmu wykonania przekazów przez nieustaloną osobę, jak i następnie – wymiaru możliwego przyczynienia się stron do zajścia zdarzenia w postaci wykonania nieautoryzowanych przekazów. Zdaniem tego Sądu sporządzone w tej sprawie opinie pozostawały zrozumiałe, a jeżeli nie były wyczerpujące czy stanowcze w zakresie sposobu wykonania ataku hackerskiego, czy sposobu i stopnia przyczynienia się stron do wystąpienia tego ataku, to było to zrozumiałe wobec przedstawienia w pierwszej opinii wielości możliwości przeprowadzenia, przez osoby nieuprawnione, działań namierzonych na pozyskanie instrumentów informatycznych i wykonanie, drogą elektroniczną, nieuprawnionego przekazu pieniężnego.

Oddalił Sąd Okręgowy wniosek powoda o pozyskanie od właściciela systemu operacyjnego (...) – kodów źródłowych oprogramowania systemu transakcyjnego (...) obowiązującego we wrześniu 2012r., jak i innych dokumentów umożliwiających ustalenie zakresu funkcjonowania systemu (...). Dowody te, włącznie z opinią biegłego sądowego, służyć miały bowiem ustaleniu czy użytkownik systemu mógł spostrzec wykonanie nieuprawnionych przekazów, i im zapobiegać, działając dla zmniejszenia szkody. Zdaniem Sądu a quo gromadzenie dowodów dla ustalenia wskazanych okoliczności nie było przydatne także z tego względu, iż okoliczności te wydawały się niesporne. W szczególności z zeznań świadków, pracowników B., złożonych dla potrzeb śledztwa wynikało, iż w zakresie ich normalnych czynności, możliwości, pozostawał także wgląd w transakcje wykonane; tak potwierdzona została właśnie telefoniczna informacja Banku o wykonywaniu w B. przekazów w USD. Przeprowadzono także wówczas czynności zaradcze, aczkolwiek za pośrednictwem Banku, przez zablokowanie systemu transakcyjnego firmie (...), co czyniło zbędnym poszukiwanie dowodu dla możliwości podjęcia tego rodzaju działania „zaradcze”.

Sąd Okręgowy miał nadto na uwadze, iż wskazane wnioski dowodowe powoda, jak i wniosek o dowód z opinii biegłego sądowego dla ustalenia funkcjonalności systemu (...), nie zostały zaoferowane przez powoda na odpowiednim etapie procesu, za który uznać można co najpóźniej czas po wniesieniu przez pozwanego sprzeciwu od wyroku zaocznego i następnie „odpowiedzi na pozew”, a i wnioski te zmierzały do znaczącego przedłużenia postępowania, przez który to wgląd również nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wobec braku pozyskania nadto dokumentów zakupowych dla wyposażenia komputera, który użyty był do wykonania spornych transakcji, jak i braku samej jednostki komputerowej, która ulec już miała zamortyzowaniu i likwidacji, braku zatem materiału badawczego, Sąd meriti nie dostrzegł celu przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego także dla ustalenia wyposażenia spornej jednostki komputerowej.

Sąd a quo podkreślił, iż samego tylko faktu nieposiadania już przez franchisingobiorcę komputera, czy dokumentów zakupowych dla jego wyposażenia, Sąd nie zinterpretował na niekorzyść strony pozwanej. Nie można było bowiem odmówić racjonalności stanowisku pozwanego i interwenienta, iż upłynęło już dużo czasu od zajścia spornych wydarzeń, a pozwany, jak i interwenient, nie mogli przewidywać konieczności dalszego przechowania tak komputera, którego adres wskazany był na przekazach, i był przedmiotem badania w śledztwie, jak i dokumentów zakupowych np. programu antywirusowego, to tym bardziej, że o dowody te nie upominał się wcześniej powód, i nie zadbał o ich zabezpieczenie. Interwenient wykazał przy tym, iż jednostka komputerowa została zlikwidowana w 2016r. (tak



ewidencja środków trwałych zlikwidowanych k. 698 akt), zatem cztery lata po wykonaniu spornych przekazów, i stosunkowo długo po wniesieniu przez powoda pozwu w niniejszej sprawie, z którego to przebiegu zdarzeń wynika, iż powód nawet przy złożeniu pozwu – mógł skutecznie wnioskować o zabezpieczenie dowodu z jednostki komputerowej użytkowanej przez franchisingobiorcę Agenta, jak i dowodu z opinii biegłego sądowego celem zbadania zawartości komputera. Jeżeli powód tego nie uczynił, a zwlekał ze złożeniem wniosku dowodowego aż do przeprowadzenia w tej sprawie dowodu z opinii biegłego sądowego z urzędu, to wykazał powód przez to niestaranność procesową, której skutkami nie można obarczać pozwanego oraz interwenienta ubocznego.

Zdaniem Sądu Okręgowego umowa pozwanego (...) z organem nadzorczym z Irlandii, to umowa nawiązująca w swym duchu do Dyrektywy w Sprawie Usług Płatniczych, nr 2007/04/EC, stanowiąca głównie o nadzorze finansowym wobec pozwanego, nadzorze namierzonym na wyeliminowanie prania pieniędzy, zatem zakres jej działania, nie ma bliższego związku z materią mniejszej sprawy. Umowa w sprawie nadzoru subagentów nawiązuje przy tym tak do Umowy międzynarodowego przedstawicielstwa handlowego zawartej przez (...) z Bankiem (...) S.A., jak i do umowy zawartej przez wskazany Bank z Subagentem, pozostawiając tym umowom ustalenie podstaw wykonywania przekazów WE, przez co dla rozstrzygnięcia sprawy istotne pozostawały zapisy tej ostatniej umowy.

Sąd meriti podkreślił jednak, iż także w umowie w sprawie nadzoru subagentów – wskazano na obowiązek Subagenta przestrzegania instrukcji (...) w zakresie usług, świadczenie których zostało powierzone Subagentowi na podstawie Umowy S., w celu zapewnienia zgodności ze wszystkimi „prawnymi i administracyjnymi przepisami regulacyjnymi obowiązującymi na obszarze Terytorium” (pkt 4.2 Umowy w sprawie nadzoru subagentów). Z kolei według pkt 4.1 wskazanej umowy – (...) będzie zarządzać, nadzorować i kontrolować Usługi Przekazów Pieniężnych firmowane przez (...), które są świadczone przez Subagentów zgodnie z dyrektywą PSD...). Przytoczone zapisy umowy w sprawie nadzoru subagentów, zdaniem Sądu, potwierdzają status pozwanego w tej sprawie (...), który wykonywać winien usługi finansowe według instrukcji (...), i jego terytorialnego przedstawiciela ( Banku (...) S.A.), i pod nadzorem tych instytucji. Sąd ten w ustaleniach oparł się także na zgromadzonych w sprawie dowodach osobowych, zeznaniach świadka R. P. oraz zeznaniach przedstawicielki pozwanej Spółki.

Z zeznań świadka P. wynikało w szczególności, iż w Bank otrzymywał zestawienie transakcji wykonanych, w postaci pliku zbiorczego, w następnym dniu po ich wykonaniu. Inną kwestią pozostawała możliwość oceny tychże transakcji, ustalenia braku ich pokrycia we wpłatach uzyskanych przez subagenta, co można było stwierdzić dopiero przy rozliczeniu transakcji, a zatem w trzecim dniu po wykonaniu transakcji. Z zeznań świadka wynikało nadto, iż dla potrzeb współpracy stron w 2012r. – pomimo umownego limitu dziennego ustalonego w złotych polskich – 30 000 zł, w systemie transakcyjnym funkcjonował limit dzienny ustalony w dolarach, a to 10 000 USD. Nie sposób nie wnioskować z relacji świadka - niespójności zapisu umownego oraz ustawienia systemu transakcyjnego (...), jak i niezgodności tego stanu rzeczy z oczekiwaniami czy deklaracjami właściciela serwisu transakcyjnego (...), który deklarował (zgodnie z pismem przedstawionym przez pozwanego) funkcjonowanie limitów dziennych wpłat dla każdej waluty używanej przez subagneta. Taki stan rzeczy potwierdziły także zeznania przedstawicielki pozwanej Spółki. Analizując kolejne aneksy umowy stron, jak i jej załączników, Sąd nie dał wiary, iżby dla firmy (...) limitem dziennym wpłat była kwota 10 000 zł, bowiem z dokumentów wynika, iż limit ten wynosił ostatecznie 30 000 zł.

Przy uwzględnieniu zetem tak dowodów dokumentowych, umowy agencyjnej wraz z załącznikami, gdzie tylko jeden subagent wymieniany był jako uprawniony do przyjmowania wpłat w walucie USD, i nie była to firma (...), jak i dowodów osobowych, Sąd Okręgowy podzielił ocenę stanu rzeczy wyrażoną w opinii biegłego sądowego, iż ustawienie limitu dziennego wpłat dla firmy (...) nie było prawidłowe, bowiem nie odpowiadało przyznanym tej firmie umownie uprawnieniom. Sąd Okręgowy podkreślił, iż strony nie kwestionowały wskazanych wyżej w ustaleniach dokumentów co do ich autentyczności, spierając się jedynie o ich znaczenie dla oceny roszczeń powoda.

Przechodząc do bliższych rozważań prawnych Sąd Okręgowy wskazał na rozbieżność stanowisk stron co do zasady odpowiedzialności pozwanej Spółki, odpowiedzialności odszkodowawczej. Powód bowiem twierdził o zasadzie odpowiedzialności pozwanej Spółki „na zasadzie ryzyka”, z powołaniem się tu na przepis art. 474 k.c., gdy tymczasem pozwana broniła się wskazaniem na brak zawinienia, który to zarzut sugerował przyjęcie przez pozwaną

koncepcji odpowiedzialności na zasadzie winy. Pozwana nie przedstawiła przy tym obszerniej argumentów, które by przemawiały za ograniczeniem odpowiedzialności pozwanego tylko do skutków czynności zawinionych.

Ustalenie zasady odpowiedzialności pozwanego pozostawało zatem niezbędne dla oceny stanu rzeczy, jako że zasada ta – determinuje także zakres obowiązków procesowych w postępowaniu sądowym o odszkodowanie.

Strony zawarły bez wątplenia umowę agencyjną, co determinował tak jej tytuł jak i zasadnicza treść.

Umowa stron w podstawowej części odpowiada dyspozycji przepisu art. 758 § 1 k.c., stanowi zatem umowę agencyjną, gdzie agentami, jak to wyżej wskazano, pozostawali także franchisingobiorcy pozwanego (pozostawali stroną umowy), mimo niekonsekwentnej terminologii umowy, gdzie wymienia się agenta oraz jego franchisingobiorców. Agenci działali mieli w imieniu i na rzecz Banku (§1 pkt 2 umowy), co również pozostaje w zgodności z przepisem art. 758 § 1 k.c.. Wskazana konstrukcja umowna uległa zachwianiu po zawarciu Aneksu nr (...), wedle którego w § 4 umowy wprowadzono zasadę, iż franchisingobiorcy Agentą działają nie w imieniu zleceniodawcy, Banku, ale w imieniu (...); zapis ten jednak, zdaniem Sądu, nie pozbawił umowy charakteru umowy agencyjnej. A mając na uwadze, iż przepisy odnoszące się do umowy agencyjnej – nie zawierają bliższego unormowania zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej agenta, we wskazanym zakresie rozważyć należało przepisy bardziej ogólne, jak i zapisy samej umowy.

Zdaniem Sądu Okręgowego, skoro umowa stron przewidywała odpowiedzialność dłużnika (Agentą) za podwykonawców (Franchisingobiorców), to rozważyć jeszcze należało, czy sam tylko fakt wykonania umowy z udziałem osób trzecich, nie będących stronami umowy, zmienia zasadę odpowiedzialności dłużnika.

Kwestię tę reguluje art. 474 k.c. Ryzyko dłużnika przewidziane w art. 474 k.c. polega na tym, iż nie może zwolnić się z odpowiedzialności nawet w wypadku braku winy w wyborze podwykonawcy.

Powołany przepis (art. 474 k.c.) wyłącznie na użytek rozliczeń pomiędzy stronami danego stosunku obligacyjnego – nakazuje przyjmować, że z punktu widzenia wierzyciela działanie innych osób jest traktowane tak, jakby to działał sam dłużnik. Jeżeli więc zwykle odpowiada on za niedołożenie należytej staranności (art. 472 k.c.), to w razie gdy w rzeczywistości inna osoba działająca na jego rachunek spełni nienależycie świadczenie, albo też nie spełni go wcale, to wobec jej zachowania stosować należy miernik zastrzeżony dla dbałego dłużnika. Przy czym gdyby działanie to według kryteriów stosowanych do samego dłużnika było wadliwe, ten ostatni nie może skutecznie bronić się podnosząc, iż pomocnikowi nie da się postawić zarzutu niedołożenia należytej staranności.

W ocenie Sądu Okręgowego, przedstawione rozważania oraz przepisy prowadzić muszą w niniejszej sprawie do wniosku, iż umowne zastrzeżenie odpowiedzialności Agentą za swoich franchisingobiorców (jak w §7 umowy), z odwołaniem się do treści art. 474 k.c. – nie stanowi w istocie zmiany zasady odpowiedzialności dłużnika, określonej w istocie nadal w nawiązaniu do należytej staranności z mocy art. 472§1 k.c., (zatem na zasadzie winy), skoro w postanowieniu umownym nie zostały wskazane okoliczności wykraczające poza dyspozycję art. 473§1 k.c., które miałyby zawęzić albo wyłączyć dłużnikowi możliwość zwolnienia się od odpowiedzialności wobec wierzyciela. Ryzyko dłużnika polega tu zatem tylko na przyjęciu przez Agentą odpowiedzialności za czynności franchisingobiorców, do których jednak nadal stosować należy miernik oceny postępowania właściwy do odpowiedzialności na zasadzie winy, zgodnie z art. 471 k.c., i umownym zapisem kreującym odpowiedzialność za podwykonawców „jak za własne działanie”. Dłużnik nie może się tu zatem zwolnić z odpowiedzialności wykazując, iż umowę w jego imieniu wykonała osoba mniej kompetentna czy doświadczonej; dla oceny stanu rzeczy przyjmować należy bowiem miernik staranności właściwy dla samego dłużnika, w tym przypadku – Agentą głównego. Zasadę tę potwierdza treść §18 umowy stron, gdzie dla określenia wzajemnej odpowiedzialności stron – przywołano „art. 471 i następne Kodeksu cywilnego”.

Dodatkowo zamieszczono tu zapis o wyłączeniu odpowiedzialności w sytuacji, gdy szkoda jest wynikiem działania Agentą lub franchisingobiorcy zgodnie z instrukcją dostarczoną przez Bank, stanowiącą załącznik nr 2 i 2a, a następnie także 13. W ocenie Sądu ta część §18 umowy agencyjnej – stanowi w istocie nawet zliberalizowanie zasady odpowiedzialności dłużnika, Agentą, bowiem wskazano tu okoliczność wyłączającą nawet ogólną regułę

odpowiedzialności Agenta przy zastosowaniu art. 471 k.c., a to kiedy szkoda wynika z postępowania dłużnika pozostającego w zgodności z zaleceniami wierzyciela, które zawarte zostały w załącznikach do umowy – instrukcjach. Rozwiązanie to, i interpretacja zapisu umownego, wydaje się logiczne w sytuacji, gdy tak Agent jak i jego franchisingobiorcy, do wykonania usług wykorzystywać mieli system transakcyjny dostarczony przez Bank, a należący do (...), którego funkcjonalność nie zależała w żadnej mierze od użytkowników (Agenta i jego podwykonawców).

Przy wskazanych zapisach umownych o odpowiedzialności, zbliżonej rangi zapisy pojawiły się także w Załączniku nr 2 do umowy, Instrukcji. W części ogólnej zapisano tu bowiem, iż od momentu otrzymania certyfikatów Agent jest odpowiedzialny za prawidłowe zabezpieczenie plików zawierających certyfikaty i hasła instalacyjne przed nieuprawnionym dostępem, i „za wszystkie transakcje wykonane w systemie transakcyjnym przy ich użyciu”.

Powstaje pytanie, czy przytoczony zapis załącznika nr 2 umowy agencyjnej, przesądza w istocie o zmianie zasady odpowiedzialności Agenta, z zasady winy – na zasadę ryzyka, czy wprowadził rozszerzenie granicy odpowiedzialności Agenta na okoliczności wykraczające poza odpowiedzialność ogólną, przewidzianą w art. 471 k.c., i potwierdzoną w podstawowej treści umowy agencyjnej. Takiemu skutkowi zapisu załącznika nr 2 trzeba zaprzeczyć choćby z tego względu, iż załącznik nr 2 umowy agencyjnej- początkowo miał w istocie funkcję techniczną, i przy tej randze załącznika – nie powinien on wyprzedzać treści umowy głównej.

Przy zwiększeniu roli i możliwości wykonywania przekazów elektronicznie – zakres instrukcji stawał się obszerniejszy, ale i zapewne potrzeba szybkiej reakcji administratora systemu doprowadziła ostatecznie do takiej zmiany postanowień umownych, iż zmiana instrukcji nie wymagała zmiany samej umowy, a jedynie podpisania protokołu (tak aneks nr (...)), a i ostatecznie do redagowania zmian instrukcji, jednostronnie, upoważniony został Bank (aneks nr (...)), a tak zmieniona instrukcja obowiązywać miała Agenta i jego partnerów po 7 dniach od jej otrzymania. Takie rozwiązanie umowne usprawiedliwia przedłożenie przez powoda z pozwem instrukcji w formie, gdzie nie ma podpisu żadnej ze stron. Nie usprawiedliwia jednak założenia, iżby instrukcja wprowadzać mogła istotną modyfikację umowy w niezwykle ważnej przeciw kwestii - granic czy podstaw odpowiedzialności Agenta, a w szczególności przez wprowadzenie tu odpowiedzialności absolutnej, bez możliwości zwolnienia się Agenta od odpowiedzialności. Sąd Okręgowy wskazał, iż tego rodzaju rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika, w myśl art. 473§1 k.c., wymagałoby określenia ściśle okoliczności uzasadniających odpowiedzialność dłużnika, nie mieszczących się w granicach wyznaczonych w art. 472 k.c., czego nie ma w „Instrukcji...” przedstawionej w tej sprawie. W konsekwencji Sąd a quo uznał iż zapisy „Instrukcji...” , pochodzącej ostatecznie tylko od powoda, Banku, w przedmiocie „odpowiedzialności” – odczytywać należy bardziej jako zalecenie określonego postępowania, przestrzegania instrukcji, przy zachowaniu zasad odpowiedzialności kontraktowej uregulowanych w zasadniczej części umowy, zatem na zasadzie winy. Przyjmując zatem w tej sprawie odpowiedzialność pozwanego Agenta na zasadzie winy, ze stosowaniem tego miernika także do franchisingobiorców, z mocy art. 474 k.c., Sąd I instancji ustalił zakres procesowych obowiązków stron dla wykazania powstania roszczenia, bądź zwolnienia się od odpowiedzialności.

Sąd Okręgowy zważył, iż przepis art. 471 k.c. zawiera domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, co oznacza, że obowiązkiem dowodowym strony wywodzącej swoje uprawnienie z art. 471 k.c. jest wykazanie, że nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, i że spowodowało ono – w ramach adekwatnego związku przyczynowego – szkodę, która powinna zostać naprawiona. Odpowiedzialność dłużnika w takim wypadku jest objęta domniemaniem, wobec czego dłużnik chcąc się od tej odpowiedzialności uwolnić, musi dowieść, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi (tak SN w wyroku z 10.01.2011r. w sprawie I CSK (...), także w wyroku z 09.01.2002r. w sprawie V CKN (...)).

Zgodnie z powyższym – dla uznania roszczeń powoda kierowanych wobec pozwanego Agneta, uwzględnienia powództwa, powód wykazać winien w pierwszym rzędzie, iż doszło do niewykonania albo nienależytego wykonania zobowiązania, w tym przypadku umowy agencyjnej.

Nienależyte wykonanie zobowiązania, umowy, powód upatrywał w wykonaniu nieautoryzowanych przekazów pieniężnych, przekazów, które nie miały pokrycia we wpłatach, i nieprzekazaniu powodowi w konsekwencji – przyjętych wpłat oraz należnych prowizji. Jednakże trzeba podkreślić, iż już w pozwie powód ujawnił wiedzę co do tego, iż sporne przekazy nie zostały zrealizowane w normalnym trybie, zatem po przyjęciu przez Agenta (czy jego partnera) wpłat od nadawców przekazów, a przeprowadzone zostały na skutek wyłącznie wykonanych w systemie transakcyjnym (...) operacji elektronicznych – zarejestrowania tu przekazów, i wydania następnie odbiorcom przedmiotu przekazów. Ten stan rzeczy winien skłonić powoda do rozważania czy zaistniały stan rzeczy podpada pod określenie nienależytego wykonania umowy, wobec możliwości wykonanych czynności nie przez kontrahenta umownego, a przez inne osoby, w tym przypadku – przestępcę.

Przeprowadzone w tej sprawie postępowanie dowodowe wykazało, iż w istocie roszczenie powoda nawiązuje nie do niewłaściwego wykonania umowy, a do czynu zabronionego, zaboru mienia przez wykorzystanie możliwości elektronicznych (tzw. atak hackerski), przez nieustaloną osobę. Nieujawnienie sprawcy – stwierdzone zostało przez umorzenie śledztwa prokuratorskiego, w konsekwencji czego czynu tego, zaboru mienia, nie można przypisać także Agentowi czy jego franchisingobiorcy. Przekonujące pozostawały tu zeznania pracowników firmy (...), złożone w postępowaniu wyjaśniającym, gdzie wskazywali, iż przekazy inicjowały się w systemie transakcyjnym nawet i bez udziału pracowników obsługujących komputer, ze wskazaniem którego adresu przekazy były realizowane. Zajście przestępstwa – kradzieży instrumentów elektronicznych, certyfikatu, być może także loginu i hasła, potwierdza także następcze ujawnienie w komputerze użytkowanym przez B. – specjalistycznego programu wykorzystywanego do kradzieży poufnych danych. W końcu wskazać należy jako istotne, iż przekazy wykonane były w walucie obcej, dolarach, do jakich to transakcji umownie nie był uprawniony (...), i tak wykonanych transakcji nie można uznać za wykonanie umowy. Doszło tu zatem, przy wykonaniu nieautoryzowanych przekazów, nie tyle do nienależytego wykonania umowy przez Agenta czy franchisingobiorcę, co do realizacji czynu zabronionego, który wykraczał poza umowne obowiązki agenta i subagenta, który przekazy mógł realizować – po przyjęciu odpowiednich kwot, i z wyłączeniem dolarów amerykańskich. A skoro przekazy nie zostały wykonane w wykonaniu umowy, i nie towarzyszył im poprzedzający wpłaty środków pieniężnych do subagenta, to brak wpłat następnie na rzecz powoda, czy to z tytułu rozliczenia wpłat czy prowizji, również nie można uznać za nienależyte wykonania umowy.

Sąd a quo przypomniał, że pozwany zarzucił powodowi nieistnienie po stronie powoda kolejnej przesłanki roszczenia odszkodowawczego, a to szkody. Zdaniem Sądu Okręgowego, zarzutowi temu nie sposób odmówić racji w sytuacji, gdy powód zdefiniował swoją szkodę jako – brak wpływów od Agenta z tytułu rozliczenia wpłat i prowizji. Szkada bowiem w rozumieniu art. 471 k.c. – to uszczerbek w dobrach wierzyciela, wbrew jego woli, wskutek zdarzenia wyrządzającego szkodę (tak SN w wyroku z 29.04.2011r. w sprawie I CSK (...)). Aby ustalić zatem uszczerbek majątkowy wierzyciela po myśli art. 471 k.c. – porównać należy stan majątkowy istniejący i gdyby istniał przy prawidłowo wykonanym zobowiązaniu. W relacjach stron powód liczyć mógł na wpływy wyłącznie w takiej sytuacji, gdyby u Agenta czy subagenta przyszły osoby chcące wykonać przekaz, i wpłaciły odpowiednie kwoty do ich przekazania odbiorcy; kwoty tak przyjęte winny trafić do powoda, jako strony umowy agencyjnej. Skoro jednak w związku z przekazami wykonanymi od 13 do 18 września 2012r. – Agent i subagent nie otrzymali żadnych środków pieniężnych, wpłat, to brak przekazania wpłat także na rzecz powoda – nie stanowi o uszczerbku w majątku powoda, co odnieść należy także do prowizji, należnych od poprawnych wpłat.

W rozpatrywanej sprawie uszczerbek majątkowy widoczny jest natomiast w chwili, kiedy na skutek nieautoryzowanych przekazów, i na skutek działania nieuprawnionych osób, środki pieniężne zostały wypłacone odbiorcom przekazów. Wypłaty te miały miejsce jednak na terenie Rosji, Ukrainy i Wielkiej Brytanii, z placówek (...), z czego nie można w żaden sposób wnosić, iż wskutek tych działań stratę poniósł powód, Bank (...) SA. Powód nie wykazał przy tym, by zrekompensował stratę wypłacającemu środki pieniężne nie mające pokrycia we wpłatach, i by przez to wstąpił w prawa zaspokojonego wierzyciela.

Sąd Okręgowy podkreślił, iż powód wniósł pozew w imieniu własnym, dla uzyskania rekompensaty własnej straty, szkody, która wiązać miała się z realizacją przekazów w dniach 13-18 września 2012r.. Nie wykazał powód jednak aby

to on wypłaty zrealizował. A skoro wypłaty nie odbyły się kosztem powoda, to tegoż powoda nie sposób znać za osobę poszkodowaną. Potwierdza taki stan rzeczy fakt, iż to nie powód był inicjatorem postępowania w sprawie możliwego przestępstwa zaboru mienia przez nieuprawnione przekazy. Gdyby powód jednak wypłaty zrekompensował, i przy uwzględnieniu tego zdarzenia precyzował swoje roszczenie wobec pozwanego – to wskazać winien powód kiedy te wypłaty, z „kieszeni” powoda nastąpiły, od kiedy zatem można powoda by uznać za poszkodowanego. Pozwany przeprowadzić mógłby wówczas stosowną obronę, na przykład przez żądanie ujawnienia jak w zaistniałej sytuacji wykorzystane zostało ubezpieczenia, czy doszło do pokrycia strat poniesionych przez (...), czy też przez Bank. Jednak definiując dla potrzeb procesu szkodę – powód poprzestał na wskazaniu wykonania przekazów, wypłaty ich przedmiotów na rzecz odbiorców, co przecież odbywało się w systemie transakcyjnym (...), i ostatecznie w imieniu i na koszt (...), zatem wypłat tych nie można uznać za „szkodę” powoda. W zaistniałym stanie rzeczy, jak przedstawiono to wyżej, Sąd Okręgowy uznał, iż powód nie wykazał niezbędnych przesłanek odpowiedzialności kontraktowej pozwanego, a których wykazanie obciążało powoda po myśli art. 471 k.c., a to nienależytego wykonania umowy oraz szkody, jak i normalnego związku szkody z nienależytym wykonaniem umowy. Zdaniem Sądu I instancji, gdyby nawet założyć odmiennie, iż powód wykazał fakt nienależytego wykonania umowy, jak i szkodę, to nalałoby przyjąć, iż pozwany przeprowadził skuteczną obronę, to jest wykazał, iż nienależyte wykonanie umowy, w tym przypadku wykonanie przekazów, nie było zawinione. Jak to bowiem przedstawił biegły sądowy w wykonanej w tej sprawie opinii – zabór mienia przez wykonanie ataku hackerskiego możliwy był także przy starannym dzianiu Agenta i subagenta, a choćby z wykorzystaniem luk oprogramowania systemu transakcyjnego (...). Co więcej – działaniu przestępcy sprzyjała także udzielona przez powoda pozwanemu instrukcja, której stosowanie dawało przestępcy dostęp do certyfikatu bezpieczeństwa (dostępnego nawet po skasowaniu odpowiedniego pliku). Nadto to powód ustalał limity dzienne wpłat, zatem i przekazów, i nie sposób pozwanemu i subagentowi przypisać odpowiedzialności za wykonanie przekazów w walucie USD w sytuacji, gdy systemowo takich transakcji nie powinien mógł wykonać. Co więcej w świetle opinii biegłego sądowego – ujawnienie przy przekazach określonego numeru komputera, właściwego dla subagenta, nie może oznaczać jednoznacznie, że ten komputer posłużył do wykonania przekazów; oznacza tylko, iż komputer ten został wykorzystany do dostępu do sieci i przełamania zabezpieczeń systemowych. Jednak, jak zeznał biegły, nie można tu wykluczyć także działania ze strony Banku, który przecież również funkcjonował w sieci transakcyjnej (...) (zgodnie z zeznaniami biegłego k. 622 akt). W relacjach stron nie funkcjonowały nadto bliższe zasady zachowania bezpieczeństwa informatycznego, które to uchybienie nie może obciążać pozwanego, który zobowiązał się postępować zgodnie z zaleceniami powoda, instrukcjami i regulaminem. Jak to trafnie wskazał także Biegły sądowy – pozwany nie naruszył reguł zawartych w wydanej przez powoda instrukcji, a taki stan rzeczy, zgodnie z art. 18 umowy – nie powinien prowadzić do odpowiedzialności pozwanego wobec powoda.

Sąd Okręgowy miał na uwadze także drugą opinię biegłego sądowego wykonaną w sprawie, gdzie wskazał biegły możliwe zaniedbania obu stron, które mogły leć u przyczyn pomyślnego wykonania ataku hackerskiego. Po stronie pozwanego, w istocie subagenta, wskazał tu Biegły niewiele okoliczności, szacując je na 1,7857%, wliczając tu funkcjonowanie napowietrznej linii i małą świadomość użytkowników systemu. Skoro jednak ostatecznie biegły stwierdził niemożliwość ustalenia kategorycznie w jaki sposób doszło do przełamania zabezpieczeń systemowych, jakiej metody użył sprawca do wejścia do serwisu transakcyjnego i pozyskania narzędzi umożliwiających wykonanie przekazów, to możliwych zaniedbań standardów, przypisanych przez Biegłego pozwanemu, nie można było zastosować do obciążenia pozwanego odpowiednio odszkodowaniem. Sprawcą szkody, rozumianej jako zabór kwot przekazów, pozostawał bowiem wykonawca czynności elektronicznych w systemie, w tym przypadku nieujawniony przestępca, i nie było podstawy do przyjęcia, iż wykorzystał do swojego celu napowietrzną linię kablową albo małą świadomość użytkowników systemu. Trzeba też podkreślić, iż położenie linii kablowej, jak i przymioty czy wiedza użytkowników systemu, nie były przedmiotem umowy stron, przez co nie mogły stanowić podstawy dla kreowania zarzutu nienależytego wykonania umowy. Okoliczności te można było oceniać w kontekście oceny starannego działania dłużnika, jednak ostatecznie nie było podstaw dla przyjęcia i ustalenia, iżby stały się przyczynkiem do zajścia zdarzenia wywołującego szkodę (w majątku (...)).

W konkluzji, zdaniem Sądu Okręgowego, należy stwierdzić, iż odpowiedzialność pozwanego Agenta ukształtowana została umownie na zasadzie winy, odnosząc ten miernik starannego działania także do podwykonawców, a zasady

tego starannego działania, określane także w wydanej przez wierzyciela „Instrukcji ...”, nie zostały naruszone. Pozwany nie mógł przy użyciu normalnych środków, zwykłych zabezpieczeń, zapobiec działaniu przestępczemu, atakowi hackerskiemu, tak jak zapewne nie mógłby zapobiec innym działaniom przestępczym, jak włamaniu do budynku i wyniesieniu stąd pieniędzy, pomimo zapewne stosowanych zwykłych zabezpieczeń przeciwko takim czynom.

Odpowiedzialność pozwanego za szkodę ukształtowana została umownie na zasadzie winy, zatem co do zasady nie można przypisać pozwanemu działania przestępcy, który postępował bez wiedzy czy zgody pozwanego, i dysponował środkami technicznymi, które były o tyle sprawne, „nowocześniejsze”, że nie były wobec nich wystarczające zwykłe środki udostępnione czy zalecane pozwanemu, jak choćby komputerowy program antywirusowy czy zwykła ochrona certyfikatu czy loginów i haseł.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na odmienne w przedmiocie odpowiedzialności zapisy umowy stron oraz umowy, którą powodowy Bank zawarł w właścicielu sieci transakcyjnej (...), gdzie odpowiedzialność Banku bez wątpienia określona została na zasadzie ryzyka, z wliczeniem tu skutków transakcji oszukańczych. Bank uzyskał tu jednakże odpowiednie do odpowiedzialności zabezpieczenia, wsparcie i ochronę, wliczając tu pomoc w sporach sądowych, ale i obowiązek zawarcia umów ubezpieczenia. Umowa Banku z (...) była zatem zasadniczo odmienna w kwestii rozłożenia, określenia zasad odpowiedzialności, aniżeli umowa zawarta przez strony, przez co za nieuprawnione uznać należało szablonowe przenoszenie przez powoda zasad odpowiedzialności z umowy przedstawicielstwa – na umowę agencyjną, jak wydaje się postąpił powód.

Sąd Okręgowy zważył, że powód w pozwie zawarł niekonsekwentne z roszczeniem głównym – roszczenie w zakresie odsetek opóźnienia; żądał ich powód bowiem za takie okresy, jak byłoby to właściwe dla zwykłych umownych rozrachunków stron, a nie na przypadek żądania odszkodowania. Zważyć trzeba bowiem, iż roszczenie odszkodowawcze – nie nawiązuje do świadczenia terminowego. Wymagalność tego roszczenia może mieć zatem miejsce dopiero po wezwaniu dłużnika do zapłaty, po myśli art. 455 k.c., co miało miejsce dopiero w piśmie powoda z 5 grudnia 2012r., które to wezwanie nie mogło spowodować wcześniejszej wymagalności roszczeń powoda, w szczególności od dat przypadających we wrześniu 2012r. Co więcej – w wezwaniu do zapłaty powód nawet nie posłużył się słowem „odszkodowanie”, przez co można mieć wątpliwości by było to właściwe wezwanie do spełnienia roszczenia, by wywołać mogło wymagalność roszczenia przedstawionego następnie w pozwie, definiowanego jako odszkodowanie.

Mając na uwadze wyżej przedstawione ustalenia i rozważania, w ocenie Sądu meriti, wydany w tej sprawie wyrok zaoczny należało uchylić i powództwo oddalić w części, w jakiej powód nie cofnął pozwu, zatem jak w punkcie I i III wyroku, przy zastosowaniu przepisów wskazanych w uzasadnieniu oraz art. 6 k.c. i art. 347 k.p.c..

Sąd Okręgowy podkreślił, że wydany w tej sprawie wyrok zaoczny pozostawał wadliwy także na skutek braku wystąpienia przesłanek do jego wydania. Przed wydaniem tego orzeczenia nie doszło bowiem do doręczenia pozwanemu odpisu pozwu, jako że korespondencja sądowa skierowana została na nieprawidłowy, nieaktualny adres strony pozwanej. Tak też wysłane zostało następnie zawiadomienie o terminie rozprawy, jak również doręczenie pozwanemu odpisu wyroku zaocznego. Wyrok ten nie uzyskał zatem przymiotu prawomocności, bowiem nie rozpoczął biegu termin do wniesienia środka zaskarżenia, a wniesiony w istocie następnie sprzeciw przez pozwaną, uznać należało za wniesiony w terminie, nawet przed rozpoczęciem biegu do jego wniesienia. Na skutek częściowego cofnięcia pozwu przez powoda, w zakresie kwoty 11 982,09 zł, postępowanie w tej części podlegało umorzeniu jak w pkt II wyroku, przy zastosowaniu art. 355 k.p.c. w zw. z art. 203§1 k.p.c.

W punkcie IV wyroku Sąd Okręgowy rozstrzygnął wniosek pozwanej Spółki o restytucję wyegzekwowanego świadczenia, to przy zastosowaniu art. 338§1 k.p.c. oraz art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c.. Sąd miał tu na uwadze, iż pozwana Spółka na odpowiednim etapie (już w sprzeciwie od wyroku zaocznego) procesu złożyła wniosek o zasądzenie od przeciwnika kwoty wyegzekwowanej na podstawie wyroku zaocznego. Przeprowadzenie przez powoda skutecznej egzekucji – potwierdzone zostało dokumentami urzędowymi pochodzącymi od organu egzekucyjnego. W szczególności z karty rozliczeniowej zawartej w aktach Km (...) wynikało, iż wierzycielowi przekazana została przez Komornika kwota 262 834,59 zł, w tym jako dług główny 170 145,62 zł, z tytułu odsetek 80 563,96 zł, a nadto

z tytułu kosztów 12 125 zł. kwoty. Zasądzona od powoda na rzecz pozwanego w punkcie IC kwota stanowi sumę wyegzekwowanego długu głównego i odsetek, jako że wyegzekwowane koszty podlegają rozliczeniu łącznie z innymi kosztami procesu (w pkt V). Zdaniem Sądu Okręgowego powód nie odniósł się w tej sprawie do żądania pozwanego zasądzenia od przeciwnika zwrotu wyegzekwowanego świadczenia. W ocenie Sądu I instancji wystąpiły w tej sprawie przesłanki do zastosowania art. 338§1 k.p.c., jako że wyrok zaoczny, na podstawie którego powód egzekwował świadczenia – nie uzyskał nigdy waloru materialnej prawomocności, i podlegać mógł wykonaniu wyłącznie jako orzeczenie natychmiast wykonalne.

Apelację od tego wyroku złożył powód, zaskarżając go w części tj. w zakresie pkt. I, III, IV i V, zarzucając:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy:

a) tj. art. 233 § 1 k.p.c., art. 227 k.p.c., art. 217 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę materiału dowodowego wyrażającą się w zaniechaniu dokonania wszechstronnej oceny całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a nadto na bezkrytycznym daniu wiary w całości sporządzonej do tej sprawy opinii biegłego zarówno głównej jak i uzupełniającej, co skutkowało błędnym ustaleniem następujących faktów:

- pozwany zastosował środki ochrony wyszczególnione w instrukcji „Wymagania dla systemu transakcyjnego (...)”, chociaż biegły nawet nie był w stanie ustalić, czy w dacie dokonania nieautoryzowanych przekazów definicje wirusów oraz oprogramowanie tak systemowe jak i specjalistyczne przeciwdziałające nieautoryzowanemu przechwyceniu danych na komputerze interwenienta było aktualne i zainstalowane w najnowszej wersji, tym samym przyjęcie, że interwenient uboczny działał zgodnie z obowiązkami wynikającymi z treści stosunku prawnego łączącego strony;
- stopień przyczynienia się stron do przeprowadzenia nieautoryzowanych przekazów, ustalając go na poziomie 1,7857% po stronie interwenienta ubocznego oraz 98,2142% po stronie powoda, pomimo braku podstaw do dokonaniach takich ustaleń;
- brak wystąpienia szkody po stronie Banku, podczas gdy fakt jej istnienia wynika z podstawienia treści obowiązków stron umowy agencyjnej, a w szczególności obowiązku pozwanego przekazywania kwot przekazów za granicę powodowi kwotami zbiorczymi (§17 umowy agencyjnej), przy czym fakt dokonania przekazów za granicę został przez Sąd ustalony, a przy tym niezaprzeczony przez stronę pozwaną, co wskazuje wprost, że powód poniósł szkodę finansową w wysokości dokonanych nieautoryzowanych przekazów;
- braku winy pozwanego oraz interwenienta za dokonane przekazy pieniężne;
- ustalenie przez Sąd, że odmowa przedstawienia przez interwenienta ubocznego odpowiednich dowodów zakupu oprogramowania zabezpieczającego przed wykonaniem nieautoryzowanych przelewów nie powinna w żaden sposób wpływać negatywnie na ocenę faktów powoływanych przez interwenienta ubocznego.

b) art. 278 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. poprzez przyjęcie wniosków wynikających z sporządzonych przez biegłego opinii, przy podniesionych przez powoda zarzutach i zastrzeżeniach co do sporządzonych przez biegłego opinii, dyskwalifikujących opinie jako podstawy do ustalenia faktów w postępowaniu dowodowym, a przy tym oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia czy interwenient uboczny - posiadał i stosował wskazane w Instrukcji (...) Certyfikatów (...) (Załącznik nr 15 do Procedury (...) międzynarodowych i krajowych przekazów pieniężnych (...) wykonywanych przez agentów Banku (...) S.A.) aktualne na dzień dokonania nieautoryzowanych przekazów pieniężnych program antywirusowy, program firewall, program antyspyware (antyszpiegowski) oraz zaktualizowany i legalny system operacyjny W. oraz ustalenia czy system transakcyjny (...) umożliwiał interwenientowi ubocznemu bieżące i natychmiastowe monitorowanie wszystkich transakcji przekazów pieniężnych dokonywanych w (...) a w tym w szczególności ustalenia czy (...) miał możliwość natychmiastowego wykrycia nieautoryzowanych przekazów pieniężnych, szczególnie przy wykorzystaniu funkcji

systemu transakcyjnego (...)dziennik transakcji”, co miało wykazać działanie zgodne z bądź niezgodne z łączącą strony umową;

c) art. 338 § 1 k.p.c. w zw. z art. 405 oraz art. 410 k.c. poprzez ich niezasadne zastosowanie i uwzględnienie wniosku pozwanego o restytucję świadczenia wyegzekwowanego od pozwanego w sytuacji, gdy wyrok zaoczny wydany przez Sąd Okręgowy w W. miał walor prawomocności materialnej, bowiem był podstawą egzekucji jako orzeczenie prawomocne, wbrew temu co stwierdził Sąd Okręgowy w Gdańsku i wykonalny jako orzeczenie prawomocne, na co wprost wskazuje klauzula wykonalności nadana temu rozstrzygnięciu przez Sąd Okręgowy w W., a ponadto powód dokonał w toku postępowania zwrotu na rzecz pozwanego świadczenia uzyskanego z egzekucji komorniczej dokonanej na podstawie wyroku zaocznego Sądu Okręgowego w W. z dnia 9.11.2015r., sygn. akt XX GC (...);

- jednocześnie wskazał, że potrzeba powołania tego faktu powstała w toku postępowania wskutek spełnienia świadczenia przez powoda do rąk pozwanego na wniosek powoda oraz na skutek zasądzenia przez Sąd I instancji roszczenia wyegzekwowanego przez powoda bezpodstawnie co miało wpływ na treść zaskarżonego wyroku.

2. naruszenie przepisów prawa materialnego:

d) art. 65 §1 i §2 k.c. w zw. z art. 353<sup>(1)</sup> k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów, i - skutek tego dokonania błędnej wykładni oświadczeń woli stron objętych treścią Umowy agencyjnej z 15 października 2004r. (§7 ust. 16, §17 ust 4, 5, 6, §18, zmienione Aneksm nr (...), teksem nr(...), Aneksm nr (...)) i ustalenie treści praw i obowiązków stron umowy w zakresie odpowiedzialności strony pozwanej w taki sposób, że wyłącza ono odpowiedzialność absolutną na zasadzie ryzyka, wskazując na odpowiedzialność na zasadzie winy (art. 471 k.c.), i w szczególności błędnym ustaleniu, że Załączniki nr 2, 2a i 13 do Umowy Agencyjnej zawierały wyłącznie opis warunków „technicznych” realizacji przekazów pieniężnych (...), podczas gdy zapisy Umowy agencyjnej oraz zapisy treści załączników do ww. Umowy agencyjnej określały zasady odpowiedzialności strony pozwanej na zasadzie ryzyka i w szczególności je w Załączniku nr 2 modyfikowały poprzez rozwinięcie i wskazanie i konkretnych sytuacji, w których pozwany ponosi odpowiedzialność wykraczającą poza ramy wyznaczone przez art. 471 k.c., zgodnie z art. 473 k.c.

c) art. 471 k.c. w zw. z art. 473 §§ 1 i 2 k.c. i art. 474 k.c. poprzez niewłaściwe ich zastosowanie i niezasadne uznanie, iż odpowiedzialność pozwanego za nieautoryzowane przekazy powinna polegać na zasadzie winy z jednoczesnym jej umownym ograniczeniem do przypadków, gdy niewykonanie umowy wynikało z postępowania pozwanego pozostającego w zgodności z zaleceniami wierzyciela, zawartymi w załącznikach do umowy (instrukcjach) podczas, gdy treść stosunku prawnego łączącego strony tj. Umowa agencyjna wraz z załącznikami, w tym w szczególności załącznikiem nr 2 wskazywała, że zasadą odpowiedzialności kontraktowej pozwanego jest art. 474 KC, a tym samym jest nią odpowiedzialność na zasadzie ryzyka zmodyfikowana i rozszerzona o przypadki odpowiedzialności za wszystkie transakcje zrealizowane od momentu otrzymania przez pozwanego (Agenta) certyfikatów do systemu transakcyjnego (...).

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o :

1. zmianę w zaskarżonej części wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz oddalenie wniosku pozwanego złożonego na podstawie art. 338 §1 k.p.c.

2. zasądzenie na rzecz powoda od pozwanego i interwenienta ubocznego kosztów postępowania za obie instancje w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, a w razie nie uwzględnienia tego wniosku, z ostrożności wniósł o:

3. uchylene wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Gdańsku do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach ustępowania apelacyjnego według norm przepisanych.



W odpowiedziach na apelację pozwany oraz interwenient uboczny domagali się jej oddalenia oraz zasądzenia na ich rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

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

Słusznie skarżący zarzuca naruszenie przepisu art. 338 § 1 k.p.c. poprzez jego zastosowanie. Na rozprawie w dniu 21 maja 2018r. przedstawicielka pozwanego M. Ł. przyznała, że pozwany otrzymał od powoda zwrot całej kwoty, którą komornik przekazał jemu w toku postępowania egzekucyjnego. Kwestią sporną pozostała jedynie kwota opłaty egzekucyjnej ściągniętej przez komornika wraz z wyegzekwowanym świadczeniem (vide protokół rozprawy k- 395, sekwencja czasowa 00:38:17). Orzekając o zwrocie lub przywróceniu do stanu poprzedniego, sąd rozstrzyga jedynie o tym, co powód otrzymał na podstawie wykonania wyroku zaopatrzonego w rygor natychmiastowej wykonalności. Ponadto przyjmuje się, że można żądać także rozstrzygnięcia dotyczącego zwrotu kosztów procesu objętych rygiem natychmiastowej wykonalności (por. T. Bukowski, Rozstrzygnięcie o kosztach procesu cywilnego, Warszawa 1971, s. 201).

Skoro w niniejszej sprawie ostatecznie wyrok zaoczny został uchylony, a powództwo oddalone, pozwanemu należy się na podstawie art. 410 k.c. w zw. z art. 338 k.p.c. zwrot wyegzekwowanego świadczenia. Art. 338 § 1 k.p.c. mówi jednak o zwrocie wyłącznie spełnionego lub wyegzekwowanego świadczenia, brak zatem podstaw do zwrotu pozwanemu od powoda kosztów postępowania egzekucyjnego. Zwrot kosztów egzekucyjnych, które przypadły komornikowi może nastąpić ewentualnie w odrębnym procesie z uwagi na treść art. 338 § 2 k.p.c. W przedmiotowej sprawie zwrot wyegzekwowanego świadczenia nastąpił przed uchyceniem przez Sąd Okręgowy wyroku zaocznego, którą to okoliczność przyznała Prezes zarządu pozwanej spółki, brak było zatem podstaw do zastosowania przez Sąd Okręgowy przepisu art. 338 § 1 k.p.c.

Z tych względów Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił punkt IV.

W pozostałym zakresie apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie.

Na wstępie tej części rozważań należy wskazać, że skarżący w apelacji sformułował zarówno zarzuty naruszenia prawa procesowego jak i materialnego, w ramach których kwestionował wadliwą ocenę materiału dowodowego jak i uchybienia w zakresie gromadzenia materiału dowodowego oraz naruszenie prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie. Jest to swoista niekonsekwencja skarżącego. Zarzut naruszenia prawa materialnego winien być bowiem odnoszony do określonego stanu faktycznego - który skarżący akceptuje - a do którego to stanu faktycznego wadliwie zastosowano prawo materialne. Naruszenie prawa materialnego, jak wiadomo, może nastąpić bądź poprzez jego błędną wykładnię - czyli poprzez mylne rozumienie treści określonej normy prawnej, albo poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, czyli poprzez błędne uznanie, iż do danego ustalonego stanu faktycznego ma zastosowanie dany przepis prawa materialnego, albo też odwrotnie, tzn. przepis, który winien mieć zastosowanie w danym stanie faktycznym - nie został zastosowany (szerzej w tym zakresie por. postanowienie Sądu Najwyższego z 15 października 2001 r., I CKN (...); wyrok Sądu Najwyższego z 5 października 2000 r., II CKN (...); z 19 stycznia 1998 r., I CKN 424/97 - OSNC 1998/9/136).

W pierwszej kolejności należało zatem odnieść się do zarzutów prawa procesowego, bowiem ewentualne uchybienia Sądowi I instancji w tym zakresie miałyby wpływ na prawidłowość poczynionych ustaleń faktycznych.

Zdaniem skarżącego Sąd a quo dopuścił się uchybień w gromadzeniu materiału dowodowego, bowiem bezkrytycznie dał wiarę opinii biegłego, oddalając przy tym wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia czy interwenient uboczny posiadał i stosował wskazane w Instrukcji (...) Certyfikatów (...) aktualne na dzień dokonania nieautoryzowanych przekazów pieniężnych program antywirusowy, program firewall, program antyspyware oraz zaktualizowany i legalny system operacyjny W.. Ponadto skarżący zarzucał naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. jakiego miał dopuścić się Sąd Okręgowy przy ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w tym w szczególności opinii biegłego jako źródła wiarygodnych ustaleń faktycznych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty te nie miały uzasadnionych podstaw.

Wbrew stanowisku skarżącego zebrany w sprawie materiał dowodowy był kompletny i nie wymagał uzupełnienia o opinię kolejnego biegłego. Przede wszystkim opinie biegłego wdane zostały w oparciu o analizę materiału dowodowego. Opinie biegłego były spójne w swych wnioskach, korelowały również z wnioskami ekspertyzy kryminalistycznej sporządzonej w toku postępowania prokuratorskiego. Ponadto, co istotne, wprawdzie opinie biegłego sporządzone w niniejszej sprawie, z przyczyn obiektywnych tj. braku jednostki komputerowej, dzięki której dokonano nieautoryzowanych przelewów, nie opierały się na badaniu tego komputera, ale takie badanie zostało przeprowadzone przez biegłego sporządzającego ekspertyzę kryminalistyczną w postępowaniu prokuratorskim. Pomimo przeprowadzonego badania, biegły K. K. nie przyjął wniosków kategorycznych, co do tego w jaki sposób doszło do dokonania tych przelewów. Podkreślenia wymaga, że Sąd Okręgowy uwzględniając wszystkie zastrzeżenia do opinii zasadniczej dopuścił dowód z kolejnych opinii uzupełniających biegłego, jak również przesłuchał go na rozprawie. Wbrew opinii skarżącego biegły w sposób logiczny wyjaśnił podstawy do takiego rozkładu stopnia przyczynienia się obu stron do stworzenia sprawy warunków dla dokonania nieautoryzowanych przekazów. Należy przy tym zaznaczyć, że ostatecznie stopień tego przyczynienia Sąd Okręgowy uznał za niewiążący, biegły stwierdził bowiem, że nie jest możliwe kategoryczne ustalenie w jaki sposób doszło do wejścia do serwisu transakcyjnego i pozyskania narzędzi umożliwiających wykonanie przekazów.

W tych okolicznościach nie zaistniała obiektywna potrzeba powołania innego biegłego do sporządzenia opinii czy też kolejnego uzupełniania opinii już sporządzonych. Wbrew zatem zarzutom apelacji Sąd Okręgowy nie dopuścił się uchybień w gromadzeniu materiału dowodowego, potrzeba jego uzupełnienia nie istniała.

Trzeba pamiętać, że adresatem reguł dotyczących koncentracji materiału procesowego wyrażonym w obowiązującym w dacie orzekania przez Sąd Okręgowy przepisie art. 217 k.p.c. były strony, nie był nim zaś sąd rozpoznający sprawę. Wskazać również należy, iż do dowodu z opinii biegłego nie mogą mieć zastosowania wszystkie zasady prowadzenia dowodów, a w szczególności art. 217 § 1 k.p.c. Nie można zatem przyjmować, że sąd obowiązany jest dopuścić dowód z kolejnych biegłych w każdym wypadku, gdy złożona opinia jest dla strony niekorzystna. Potrzeba powołania innego biegłego powinna bowiem wynikać z okoliczności sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony z dotychczas złożonej opinii (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2003, sygn. akt V CKN (...)). Jak słusznie przyjmuje się w orzecznictwie, specyfika dowodu z opinii biegłego polega m.in. na tym, że jeżeli taki dowód już został przez sąd dopuszczony, to stosownie do treści art. 286 k.p.c. opinii dodatkowego biegłego można żądać jedynie "w razie potrzeby". Potrzeba taka nie może być jedynie wynikiem niezadowolenia strony z niekorzystnego dla niej wydzwiku konkluzji opinii, lecz być następstwem umotywowanej krytyki dotychczasowej opinii. W przeciwnym bowiem razie sąd byłby zobligowany do uwzględniania kolejnych wniosków strony dopóty, dopóki nie złożona zostałaby opinia w pełni ją zadowalająca, co jest niedopuszczalne (m. in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2002 roku, sygn. akt: II CKN (...)).

Fakt, że biegły w toku zgłaszania kolejnych zastrzeżeń do opinii zasadniczej, nie zmienił ogólnych jej wniosków nie może stanowić podstawy do powołania dowodu z opinii innego biegłego. Ponadto podczas przesłuchania biegły stwierdził, że obecnie analiza komputera nie miałaby żadnego sensu, a do tego zmierzał wniosek powoda, domagającego się dopuszczenia dowodu z kolejnej opinii biegłego. Stanowisko biegłego w tym zakresie jest logiczne. Skoro bowiem nawet w postępowaniu prokuratorskim biegły nie był w stanie ocenić, czy baza definicji wirusów została zaktualizowana przez administratora systemu po zdarzeniu czy przed zdarzeniem dokonania nieautoryzowanych przekazów, to tym bardziej nie będzie to możliwe obecnie. Należy jednakże zaznaczyć, że biegły w ekspertyzie kryminalistycznej stwierdził na dowodowej jednostce komputerowej zainstalowanie oprogramowania antywirusowego A. P., posiadającego bazę definicji wirusów z dnia 19 września 2012r. oraz stwierdził istnienie systemu operacyjnego W. (...). Podkreślenia wymaga, że dopuszczenie dowodu z opinii biegłego nie było wynikiem inicjatywy dowodowej stron, lecz działaniem Sądu ex officio, natomiast skarżący w uzasadnieniu apelacji zarzuca, że Sąd a quo nie podjął próby oceny spornych zagadnień poprzez dopuszczenie z urzędu dowodu z opinii kolejnego biegłego. Ten zarzut w świetle wskazanych wyżej okoliczności należy uznać za całkowicie bezzasadny. Niezależnie od tego, że działania Sądu

z urzędu nie powinny iść tak daleko, jak wskazuje to skarżący, to skoro brak jest jednostki komputerowej, a nawet, gdyby istniała, brak byłoby możliwości ustalenia czy w danych transakcji program antywirusowy był zaktualizowany, to bezprzedmiotowym było dopuszczanie dowodu z opinii innego biegłego. Należy również podkreślić, że biegły J. L. w opinii zasadniczej wskazał za biegłym sporządzającym ekspertyzę kryminalistyczną, który badał sporny komputer, iż stwierdzono na nim zainstalowane oprogramowanie antywirusowe, zaporę systemową firewall, programy spyware, adware, jednakże „oszukanie” w/w zabezpieczeń nie stanowi dla hakera najmniejszego problemu. Zatem posiadanie tych wszystkich zabezpieczeń, które przewidywała umowa łącząca strony i tak nie mogło uchronić przed atakiem hakera. Były to te zabezpieczenia, których posiadanie przez subagenta zostało nałożone postanowieniami umowy, natomiast powodowy Bank nie dostarczył żadnych innych zasad dotyczących bezpieczeństwa. Biegły wyjaśnił, że istnieją informatyczne zabezpieczenia przed podjęciem tego rodzaju działań hakerskich, jednakże są one bardzo drogie, a ich zainstalowanie nie było wymagane przez Instrukcję. Ponadto, nawet nie wynika z niej, że na komputerze przeznaczonym do wykonywania przekazów pieniężnych zabronione jest posiadanie dostępu do poczty elektronicznej czy też korzystanie z wyszukiwarek internetowych.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że na rozprawie w dniu 9 maja 2019r. Sąd Okręgowy oddalił wniosek powoda o obciążenie biegłego sądowego obowiązkiem pozyskania dokumentów, nadto o pozyskanie oświadczeń od producenta systemu operacyjnego W. oraz systemu antywirusowego A. A.. Obecny na sali pełnomocnik powoda nie zgłosił w trybie art. 162 k.p.c. zastrzeżenia do protokołu. Skarżący utracił zatem w postępowaniu odwoławczym możliwość skutecznego powoływania się na uchybienia przepisom proceduralnym w tym zakresie. Strona nie może bowiem skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania, dotyczącego wydania postanowienia oddalającego wniosek o przeprowadzenie dowodów, jeżeli, na podstawie art. 162 k.p.c. nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie (por. np. uchwały Sądu Najwyższego: z dnia 27 października 2005 r., III CZP 55/05, OSNC 2006/9/144 i z dnia 27 czerwca 2008 r., III CZP (...)). Stanowisko to jest ugruntowane w orzecznictwie, przy czym podkreśla się nadto, że wytknięcie uchybień winno w każdym przypadku polegać na wskazaniu konkretnych, naruszonych przepisów postępowania (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z 10 sierpnia 2006 r., V CSK 237/06, Biul. SN 2006/11/17 i z 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12, Lex nr 1438426).

Trzeba ponadto zauważyć, że zarzutowi naruszenia przepisów proceduralnych nie towarzyszył wniosek apelacji oparty na podstawie art. 380 k.p.c. o objęcie kontrolą instancyjną postanowienia Sądu Okręgowego oddalającego wniosek o przeprowadzenie dowodu z kolejnej opinii biegłego.

W tym miejscu należy odnieść się również do kwestii związanych z brakiem możliwości przedstawienia przez pozwanego oraz interwenienta ubocznego spornej jednostki komputerowej oraz dokumentów związanych z wyposażeniem tego komputera (vide pismo k- 683). Skarżący z tego faktu próbuje wyciągnąć korzystne dla siebie skutki procesowe, stwierdzając, że skoro ani pozwany ani interwenient uboczny nie zaoferowali tych dowodów, to oznacza, że komputer nie był należycie chroniony. Sąd Apelacyjny w pełni podziela argumentację Sądu Okręgowego, że brak tych dowodów nie może obciążać strony przeciwnej. To powód poprzez nienależyte zabezpieczenie swoich interesów procesowych pozbawił się możliwości przeprowadzenia tych dowodów, nie wnioskując przed wszczęciem postępowania lub przynajmniej w pozwie o ich zabezpieczenie. Słusznie Sąd Okręgowy wskazywał na niestaranność procesową powoda. Zważyć przy tym należy, że dowód z opinii biegłego został przez Sąd a quo dopuszczony z urzędu, natomiast dopiero po niekorzystnych dla powoda wnioskach opinii, powód zaczął wykazywać aktywność w płaszczyźnie inicjatywy dowodowej. Nie można przy tym podzielić stanowiska skarżącego prezentowanego w uzasadnieniu apelacji o wynikającym z ustawy Ordynacja podatkowa obowiązku interwenienta ubocznego przechowania tych dokumentów, których przedstawienia domagał się powód. Wnioskowanie powoda jest całkowicie niezasadne jeżeli zestawia się je z dowodem zaoferowanym przez interwenienta ubocznego, potwierdzającym zakup spornego komputera w 2010r. i jego użycie w czerwcu 2016r. (vide k- 637-639), kiedy to ani pozwany ani interwenient uboczny nie posiadali jeszcze wiedzy o toczącym się postępowaniu sądowym. Pomimo przedstawienia tych dowodów przez interwenienta ubocznego już w toku postępowania przed pierwszą instancją, skarżący nadal w apelacji przedstawia tę samą argumentację na tę okoliczność jak w piśmie z dnia 16 maja 2019r.

Należy podkreślić, iż opinia biegłego podlega, jak inne dowody, ocenie według art. 233 § 1 k.p.c., lecz co odróżnia ją pod tym względem, to szczególne dla tego dowodu kryteria oceny, które stanowią: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2002 r., V KKN (...)). Wbrew zarzutom apelacji dokonana przez Sąd I instancji ocena wiarygodności opinii jako źródła ustaleń faktycznych nie naruszała reguł wyrażonych w przepisie art. 233 § 1 k.p.c., uwzględniała bowiem powyższe kryteria.

Nieskuteczny był również zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie dotyczącym oceny pozostałego zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Wbrew zarzutom apelacji w przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy dokonał tej oceny w sposób logiczny, zgodny z doświadczeniem życiowym, a co istotne ocena ta jest wszechstronna, uwzględnia bowiem całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Jak wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy, skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2005 r. w sprawie o sygn. akt III CK 314/05, LEX nr 172176). Sąd orzekający w niniejszej sprawie pogląd ten podziela w całości. Samo stwierdzenie wadliwości ustaleń poczynionych przez sąd i przekroczenia zasady swobodnej oceny dowodów nie może być uznane za wystarczające dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Konieczne jest nadto wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył Sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając, i swoje twierdzenia w tym zakresie dokładnie uzasadnić. Jest to istotne o tyle, że jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego samego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne.

W ocenie Sądu Apelacyjnego skarżący skutecznie nie podważył oceny materiału dowodowego dokonanej przez Sąd pierwszej instancji. Skarżący ograniczając się w uzasadnieniu apelacji do stwierdzenia, że Sąd Okręgowy przekroczył granicę oceny dowodów, a opinia biegłego jest obarczona szeregiem błędów, braku logiki, nieścisłości i domniemań, przedstawia własną wersję okoliczności faktycznych. Tak sformułowany zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie można uznać za skutecznie postawiony.

Łatwo ponadto dostrzec wadliwość ujęcia zarzutu apelacyjnego, dotyczącego naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., art. 227 k.p.c., art. 217 k.p.c., gdy skonfrontuje się go z jego rozwinięciem, skarżący wiąże go bowiem z błędnym ustaleniem faktów polegających na braku wystąpienia szkody po stronie Banku. Zważyć należy, że okoliczności dotyczące braku wykazania przez stronę powodową szkody nie znajdują się w warstwie ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy, ale w części rozważań prawnych i są wynikiem wniosków wyciągniętych przez Sąd Okręgowy z zebranego w sprawie materiału dowodowego. Podobnie jest w przypadku uznania przez Sąd Okręgowy braku winy pozwanego oraz interwenienta ubocznego.

Podsumowując tę część rozważań, stwierdzić należy, że kwestionowane ustalenia faktyczne zaskarżonego wyroku są wbrew zarzutom apelacji niewadliwe. Sąd Apelacyjny jako instancja merytoryczna w pełni je podziela i przyjmuje jako podstawę również swojego rozstrzygnięcia, uznając za zbędne ponowne ich przytaczanie.

W konsekwencji omówienia wymagały zarzuty naruszenia prawa materialnego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty te nie były trafne.

Słusznie Sąd Okręgowy wskazał, że osią sporu pomiędzy stronami była kwestia ustalenia zasad odpowiedzialności pozwanego. Przy czym z okoliczności faktycznych wskazanych przez powoda w uzasadnieniu pozwu wynika,

iż skarżący domagał się odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania przez pozwanego umowy agencyjnej. Okoliczności te były dla Sądów obu instancji bezwzględnie wiążące, stanowiły o istocie przedmiotowej sprawy, wyznaczając również podstawę prawną oraz zakres ewentualnej szkody powoda.

Nie było również sporne pomiędzy stronami to jaki charakter prawny miała umowa łącząca strony, bezspornym pozostawał fakt, że była to umowa agencyjna.

Umowa outsourcingowa, jaką zawarł pozwany z powodowym Bankiem jest umową podmiotowo, dwustronnie kwalifikowaną. Obiema jej stronami są tylko podmioty mające status przedsiębiorcy. Mające dyspozytywny charakter, przepisy o umowie agencyjnej pozwalają stronom na swobodne kształtowanie wzajemnych praw i obowiązków w tym również na ustanawianie dodatkowych warunków odpowiedzialności. Nie mniej jednak w braku takich postanowień odpowiedzialność agenta wobec dającego zlecenie i odwrotnie, z tytułu niewywiązania się z umowy opiera się na zasadzie art. 471 k.c. z możliwością zastosowania art. 362 k.c. (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 grudnia 1991r, I ACr (...)).

W ocenie Sądu Apelacyjnego w przedmiotowej sprawie, podstawowe znaczenie ma wykładnia treści § 18 umowy z dnia 15 października 2004 r. przy uwzględnieniu jej pozostałych postanowień oraz treści załącznika nr 2 i 2a w brzmieniu nadanym pierwotnie oraz obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012r. W § 18 umowy strony przewidziały, że ponoszą względem siebie odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu nienależytego wykonania Umowy na zasadach określonych w art. 471 i następnych Kodeksu cywilnego, ponadto przewidziały, że odpowiedzialność, o której mowa w tym paragrafie jest wyłączona w sytuacji, gdy szkoda jest wynikiem działania Agent'a lub jego franchisingobiorcy zgodnie z instrukcją dostarczoną przez Bank, stanowiącą załącznik nr 2 i 2a do umowy. Oznacza to, że na agentce ciążył obowiązek wykonywania czynności stanowiących przedmiot umowy zgodnie z instrukcjami nr 2 i 2a przy uwzględnieniu postanowień zawartych w samej umowie, przy czym jego odpowiedzialność wbrew stanowisku skarżącego opierała się na zasadzie winy, a nie na zasadzie ryzyka. Co istotne § 18 umowy nigdy nie został zmieniony w kolejnych aneksach do tej umowy.

W § 7 pkt 16 umowy strony przewidziały, że agent na zasadzie art. 474 k.c. odpowiada za swoich subagentów. Wbrew stanowisku skarżącego z tego postanowienia nie wynika odpowiedzialność pozwanego na zasadzie ryzyka. Wprowadzenie tego zapisu nie stanowi modyfikacji zasad odpowiedzialności wynikających z § 18 umowy, oznacza jedynie tyle, że agent na zasadzie winy będzie ponosił odpowiedzialność względem zlecającego również wtedy, gdy określone czynności nie zostaną wykonane przez jego pracowników, ale przez pracowników jego subagentów, czyli będzie za nie odpowiadał tak jakby zostały one wykonane przez agenta. Nawet z § 4 ust. 4 umowy nie można wyprowadzić wniosku o odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, przepis ten nakłada bowiem na agenta obowiązek zapewnienia bezpiecznych i właściwych warunków wykonywania czynności określonych w § 1 ust. 1 umowy.

Strony w dniu 4 kwietnia 2006r. zawarły aneks nr (...) do umowy, w którym zmianie uległ między innymi § 7 umowy, w ust. 2 tego zapisu wskazano, że agent i jego franchisingobiorcy dołożą najwyższej staranności chroniąc poufność danych identyfikacyjnych, numerów przekazów (...) i innych danych i procedur bezpieczeństwa stosowanych przez Agent'a i jego franchisingobiorców, zachowają wszelkie tajemnice handlowe, listy klientów, warunki umowy. Nałożenie obowiązku działania przy zachowaniu najwyższej staranności wprost nawiązuje do zasad odpowiedzialności na zasadzie winy, zatem nie doszło do modyfikacji w tym zakresie poprzez stworzenie nowego reżimu odpowiedzialności.

Zgodzić należy się z Sądem Okręgowym, jeżeli prześledzi się postanowienia załącznika nr 2 i 2a do umowy, że w pierwotnym ich brzmieniu, miały one charakter czysto techniczny. Stanowiły swego rodzaju kompendium wiedzy jak należy dokonywać czynności w zakresie wypłaty przekazów oraz realizowania przekazów z Polski za granicę, przekazów krajowych poprzez sieć (...) (...) oraz poprzez tę sieć, ale z wykorzystaniem terminali (...).

Wbrew stanowisku skarżącego w załączniku nr 2 w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012r. nie zamieszczono nowego, obowiązku agenta, modyfikującego jego odpowiedzialność poprzez skonstruowanie jej w oparciu o ryzyko. Wobec postępującego procesu cyfryzacji, powinność ponoszenia odpowiedzialności za

prawidłowe zabezpieczenie plików zawierających certyfikaty i hasła instalacyjne przed nieuprawnionym dostępem oraz odpowiedzialność za wszystkie transakcje została skorelowana z obowiązkiem wykonywania transakcji w ramach systemu transakcyjnego (...), do którego dostęp umożliwiają certyfikaty wystawione przez (...) dla oddziału/placówki Agenta i z obowiązkiem wdrażania przez Agenta nowych wersji systemu transakcyjnego. Ponadto wykładnia językowa cytowanej wyżej części załącznika przemawia za tym, że odpowiedzialność Agenta za zabezpieczenie plików opierała się na zasadzie winy, a nie ryzyka. Świadczy o tym nie tylko zbieżność terminologiczna w określeniu tych obowiązków poprzez użycie słowa „prawidłowe” jako przymiotnika określającego w jaki sposób pliki mają zostać zabezpieczone, ale także systematyka postanowień umowy agencyjnej. Otóż odpowiedzialność stron została określona w umowie, natomiast załączniki na r 2 i 2a odnosiły się do kwestii technicznych, wyjaśniały jak należy zgodnie ze standardami (...) wykonywać czynności związane z realizacją przekazów płatniczych. Zważyć należy, że sporny zapis został zamieszczony w załączniku nr 2 w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012r. w rozdziale o następującym tytule: „Podstawowe informacje o procesie/procedurze” co wskazuje, iż nadal miał on charakter techniczny, instrukcyjny.

W konsekwencji, zestawienie wszystkich postanowień umowy przesądza, że chodzi w niej o możliwość powstania roszczenia odszkodowawczego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez agenta obowiązku należytego realizowania czynności związanych z dokonywaniem przekazów płatniczych w ramach systemu transakcyjnego (...) opartego o normę przepisu art. 471 k.c. Odpada tym samym możliwość dopatrywania się w treści załącznika nr 2 jakiegoś samodzielnego, dodatkowego porozumienia modyfikującego zasady odpowiedzialności wynikające z postanowień umowy. Konfrontowanie treści tego postanowienia z § 18 umowy, stanowiącym przyjętą przez strony i niezmienioną w drodze aneksów podstawową zasadę odpowiedzialności, wiążącą ją z przestrzeganiem postanowień Instrukcji, daje podstawy do uznania, że wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stanowisko Sądu a quo jest prawidłowe.

Niezależnie od tych uwag, zgodzić należy się z Sądem Okręgowym, że charakter norm załącznika nr 2 i 2a, techniczny i instrukcyjny, wyłączał możliwość wprowadza w nim tego rodzaju zmian o charakterze wiążącym obie strony, które zmieniałyby zasady odpowiedzialności odszkodowawczej. W § 1 ust. 3 umowy wskazano, że szczegółowy opis czynności wchodzących w zakres usług, o których mowa w ust. 1 tego paragrafu określa Instrukcja stanowiąca załącznik nr 2 i 2a do umowy. Z § 20 ust. 2 umowy wynika, że zmiany umowy pod rygorem nieważności wymagają formy pisemnej poza wyjątkami odnoszącymi się między innymi do zmiany Instrukcji. Nie powinno budzić wątpliwości, że zmiana zasad odpowiedzialności określona w umowie stanowiłaby zmianę tej umowy, a zatem wymagałaby dla swojej ważności formy pisemnej. Wprawdzie zarówno z umowy pierwotnej jak i z aneksu nr (...) do tej umowy wynika, że zmiana załączników 2 i 2a nie stanowi zmiany umowy i będzie odbywać się w formie protokołów. Nie mniej jednak nie oznacza to, że prawnie skuteczne było inkorporowanie do załącznika tego rodzaju postanowień, których ten dotychczas nie przewidywał, a stanowiących istotne postanowienia umowne, przecież na skutek niezachowania formy pisemnej takie postanowienie byłoby nieważne. Przy ocenie tych okoliczności nie można tracić z pola widzenia zawartości treściowej załączników 2 i 2a, wynikających z § 1 ust. 3 umowy, miały one bowiem szczegółowo opisywać czynności wchodzące w zakres usług. Tymczasem skarżący w uzasadnieniu apelacji twierdzi, że załącznik nr 2 modyfikuje zasady odpowiedzialności stron umowy, pomijając w swej argumentacji postanowienia § 20 umowy, który dla jej zmian przewidywał formę pisemną pod rygorem nieważności.

Z przedstawionych względów należało stwierdzić, że nie doszło do naruszenia wskazywanych w apelacji przepisów prawa materialnego tj. art. 65 § 1, 2 k.c., , art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 471k.c., 473 §§ 1 i 3k.c. , art. 474 k.c.

Ustalenia faktyczne prawidłowo poczynione przez Sąd Okręgowy nie uzasadniały także przyjęcia odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego agenta na zasadach ogólnych wynikający z art. 471 k.c. Po pierwsze zgodzić należy się z Sądem Okręgowym, że z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż ani pozwany ani interwenient uboczny nie dopuścili się nienależytego wykonania umowy, do wykonania nieautoryzowanych przelewów doszło bowiem nie w związku z wykonywaniem umowy, ale w wyniku dokonania czynu zabronionego przez nieustalonego sprawcę.

Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, którą określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, nie oznacza staranności wyjątkowej, lecz dostosowanej do działającej osoby, przedmiotu, jakiego działanie dotyczy, oraz okoliczności, w jakich działanie to następuje (wyrok SN z 25.09.2002 r., I CKN 971/00, LEX nr 56902). Należy uznać należyta staranność za obowiązek wynikający z danego stosunku prawnego. Przez należyta staranność rozumie się zatem obiektywnie istniejący wzorzec postępowania stworzony w celu jak najlepszego, poprawnego wykonywania zobowiązań, a jednocześnie zabezpieczający interesy zobowiązanych przez odniesienie treści staranności do danego rodzaju stosunków.

Zgromadzony w przedmiotowej sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że to pracownicy pozwanego czy też interwenienta ubocznego dokonywali czynności związanych z realizacją przekazów płatniczych, bądź też, że nie stosując się do wymogów wynikających z umowy i Instrukcji ułatwili takie działanie innym osobom. Sporne przekazy nie zostały zrealizowane w wyniku działań czy zaniechań pracowników pozwanego lub interwenienta ubocznego, lecz wyniku dopuszczenia się przestępstwa przez nieustalonego sprawcę. W tym miejscu przypomnienia wymaga, że biegły J. L. w opinii zasadniczej wskazał za biegłym sporządzającym ekspertyzę kryminalistyczną, który badał sporny komputer, że stwierdzono na nim zainstalowane oprogramowanie antywirusowe, zapora systemową firewall, programy spyware, adware, jednakże „oszkukanie” w/w zabezpieczeń nie stanowi dla hakera najmniejszego problemu. Zatem posiadanie tych wszystkich zabezpieczeń, które przewidywała umowa łącząca strony i tak nie mogło uchronić przed atakiem hakera. Były to te zabezpieczenia, których posiadanie przez subagenta zostało nałożone Instrukcją wynikającą z załącznika nr (...) do umowy, natomiast powodowy Bank nie dostarczył żadnych innych zasad dotyczących bezpieczeństwa. Biegły wyjaśnił, że istnieją informatyczne zabezpieczenia przed podjęciem tego rodzaju działań hakerskich, jednakże są one bardzo drogie, a ich zainstalowanie nie było wymagane przez Instrukcję, ponadto, nawet nie wynika z niej, że na komputerze przeznaczonym do wykonywania transakcji handlowych zabronione jest posiadanie dostępu do poczty elektronicznej czy też korzystanie z wyszukiwarek internetowych. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie da się wyprowadzić wniosków, że dokonanie przez nieustalonego sprawcę czynu przełamania elektronicznych zabezpieczeń do terminala spółki (...), uprawniającego do dokonywania transakcji wpłat przekazów pieniężnych nastąpiło na skutek nienależytego wykonania umowy agencyjnej, że było ono wynikiem niezachowania należytej staranności przez te podmioty. Zarówno w toku postępowania prokuratorskiego jak i w toku niemiejszego postępowania nie udało się ustalić, w jaki sposób doszło do przełamania zabezpieczeń w dostępie do terminala, nie mniej jednak z opinii biegłych wynika, że spółka (...) posiadała system zabezpieczeń, które były wymagane umową. Niemożliwość ustalenia czy program antywirusowy był aktualny na dzień dokonania pierwszej nieautoryzowanej transakcji, nie oznacza wcale, że nie był on aktualizowany. Ponadto jak wynika z opinii biegłego nawet przy założeniu, że był on aktualny, to i tak nie stanowił dostatecznej ochrony przed atakiem hakerskim. Natomiast z Instrukcji nie wynikał zakaz używania określonej jednostki komputerowej tylko i wyłącznie do dokonywania przekazów, co więcej przeglądarka Internet E. była zalecana przez firmę (...), zatem fakt, iż na spornym komputerze pracownicy korzystali z dostępu do poczty mailowej czy przeglądarek internetowych nie może być kwalifikowane jako nienależyte wykonanie umowy. Podkreślenia również wymaga, że pomimo stwierdzenia pierwszych nieautoryzowanych przelewów, bezskuteczna okazała się próba zablokowania przez (...) dostępu do systemu transakcyjnego w celu zapobieżenia dokonaniu kolejnych przekazów (vide k- 25 v akt prokuratorskich) co może świadczyć o wadliwości tego systemu.

Wbrew stanowisku skarżącego, wyrażanemu w toku postępowania, nie jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia czy doszło po stronie pozwanego do nienależytego wykonania umowy kwestia prawidłowego nadania przez powodowy Bank uprawnień (...). Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynikało, że zgodnie z postanowieniami umowy, w dacie dokonania nieautoryzowanych przekazów, (...) nie posiadał uprawnień do dokonywania przekazów za granicę w dolarach. Natomiast te ograniczenia uprawnień kantoru nie zostały wprowadzone do systemu transakcyjnego, zdaniem strony powodowej pozostawało to bez wpływu na możliwość dokonania nieautoryzowanych przekazów z IP spornego komputera, bowiem waluta USD była ustawiona domyślnie. Zważyć jednakże należy, że prawidłowe ustalenie limitów, w taki sposób, aby dokonanie transakcji w walucie obcej z wykorzystaniem komputera (...) było całkowicie niemożliwe, zgodnie z postanowieniami umowy obciążało Bank. Nie można przesądzić obecnie, czy gdyby Bank prawidłowo ustawił te limity, to i tak doszłoby do dokonania nieautoryzowanych przekazów. Rozważania strony

powodowej zawarte w piśmie procesowym z dnia 28 sierpnia 2018r. mają charakter czysto teoretyczny, przy czym sprzeczne są ze stanowiskiem wyrażonym przez (...) w piśmie z dnia 18 kwietnia 2018r., złożonym do akt sprawy przez stronę pozwaną. Z pisma tego wynika, że w przypadku wykorzystania limitów na operacje w walucie X nie jest możliwe skorzystanie z kwoty limitu dla operacji w walucie Y i odwrotnie. Ponadto nie można pominąć logicznej argumentacji strony pozwanej wyrażonej w piśmie procesowym z dnia 18 kwietnia 2019r. oraz w piśmie interwenienta ubocznego z dnia 16 kwietnia 2019r., że skoro (...) posiadał uprawnienia do rejestracji przekazów wyłącznie w PLN, to tym samym nie musiał przeprowadzać kontroli tzw. pustych rejestrów, co w oczywisty sposób sprzyjało wykonaniu tych przekazów w sposób niezauważony przez interwenienta ubocznego. Bank dopiero w dniu 18 września 2012r. odkrył, że z wykorzystaniem kodu dostępu do komputera należącego do (...) zostały zrealizowane przekazy w walucie USD, do których uprawnień ten kantor nie posiadał. Gdyby zatem poprzez prawidłowe ustawienie limitów wykonanie transakcji w USD było niemożliwe, a w konsekwencji sprawca musiałby wykonać przekazy w PLN, to przekazy zrealizowane w tej walucie bez udziału pracowników kantoru, zostałyby przez nich do razu wykryte lub powinny zostać wykryte, co miałyby znaczenie dla oceny zachowania należytej staranności. Jak wynika z zeznań D. G. (2) złożonych w toku postępowania prokuratorskiego, Bank nie monitorował przekazów na bieżąco, co potwierdza fakt, że zostały one przez niego wykryte dopiero w dniu 18 września 2012r.

Zgodzić należy się również ze stanowiskiem Sądu Okręgowego, że powód nie wykazał wystąpienia po jego stronie szkody, co stanowiło kolejną podstawę do oddalenia powództwa. Z umowy łączącej strony, której zapisy korelują z zeznaniami M. Ł. wynika, że subagent nie mógł dokonać przekazu środków pieniężnych zanim kwota przekazu wraz z należnymi prowizjami nie została wpłacona przez klienta. Tytułem wzajemnych rozliczeń w związku z wykonywaniem usług przekazów pieniężnych w ramach sieci (...), Bank był zobowiązany do przekazania na rzecz pozwanego środków finansowych wypłaconych przez subagentów, a pozwany był zobowiązanych do przekazania do Banku kwot przyjętych od klientów wpłat wraz z kwotami pobranych jednocześnie prowizji. Z niewadliwych ustaleń faktycznych wynika, że nieautoryzowane przekazy zostały zrealizowane bez udziału pracowników interwenienta ubocznego. W wyniku ich realizacji nie doszło do wpłaty w kasie (...)czy też na rachunek bankowy (...) jakichkolwiek kwot. Po stronie interwenienta ubocznego nie doszło do zwiększenia wartości majątkowej, która to wartość zgodnie z postanowieniami umowy powinna przysługiwać powodowi. Powód nie wykazał również, że po jego stronie doszło do uszczerbku majątkowego w kwocie dochodzonej w pozwie. Powód nie wykazał bowiem, że na skutek dokonania nieautoryzowanych przekazów pokrył własnymi środkami finansowymi kwoty stanowiące równowartość wypłaconych odbiorcom kwot wraz z prowizjami. Mechanizm funkcjonowania przekazów pieniężnych w ramach sieci (...) polegał na tym, że na skutek wpłaty dokonanej w określonej jednostce tej sieci w jednym kraju, jego odbiorca mógł podjąć tę kwotę lub jej równowartość w określonej walucie w dowolnej jednostce należącej do tej sieci w innym kraju. W przedmiotowej sprawie realizacja przekazów nastąpiła w jednostkach sieci (...) na terenie Rosji, Wielkiej Brytanii i Ukrainy. Bank nie wykazał, że ciąży na nim wierzitelność o zapłatę kwot zrealizowanych w tych krajach lub, że pokrył już te należności. Nawet w zestawieniu z treścią notatki dołączonej do akt prokuratorskich (k- 232 tych akt), co do której powód nota bene nie domagał się przeprowadzenia dowodu, nie sposób wyprowadzić wniosku o powstaniu w majątku powoda szkody o wartości dochodzonej pozwem. Z treści tej notatki, która nie jest opatrzona jakimkolwiek podpisem, wynika, że wprawdzie firma (...) obciążyła rachunek powoda z tytułu realizacji przekazów, a pozwany nie przekazał środków pobranych od nadawców przekazów i prowizji, ale w dalszej części notatki zaznaczono, że (...) uznał proces reklamacji za zakończony na obecnym etapie i zrzekł się odpowiedzialności finansowej z tytułu nieautoryzowanych transakcji. Nie mniej jednak tę notatkę nie można uznać za dowód na okoliczność powstałej po stronie Banku szkody o określonej kwocie. Po pierwsze nie wynika z niej w sposób niebudzący wątpliwości, że Bank pokrył szkodę wynikającą z dokonania nieautoryzowanych transakcji, po drugie wartość dowodową tego pisma umniejsza fakt, że nie zostało ono opatrzona jakimkolwiek podpisem, nie jest zatem możliwe ustalenie czy stwierdza ona prawdziwe okoliczności. Poza tym to na powodzie ciążył obowiązek udowodnienia faktu wystąpienia szkody, zgodnie z treścią art. 6 k.c. Tymczasem powód nawet nie domagał się przeprowadzenia dowodu z treści tej notatki. Wprawdzie z punktu 16.2 umowy przedstawicielskiej zawartej pomiędzy (...) a poprzednikiem prawnym powoda wynika, że (...) przysługuje prawo potrącenia wszelkich kwot należnych (...) od Przedstawiciela ze środków należnych



Przedstawicielowi od (...), ale czy faktycznie doszło do takiego potrącenia oraz w jakiej kwocie, tego powodowy Bank nie wykazał.

W zestawieniu z logiczną argumentacją Sądu Okręgowego co do braku wykazania, że po stronie Banku doszło do szkody, rozważania skarżącego zawarte w uzasadnieniu apelacji, dotyczące zasad odpowiedzialności wynikającej z umowy przedstawicielskiej zawartej z (...) oraz zapisów umowy łączącej strony dotyczących zbiorczych przelewów dokonywanych przez pozwanego z tytułu przekazów za granicę należy uznać za niewystarczające dla przyjęcia, że powód zrealizował ciężący na nim obowiązek wykazania szkody. Nie budziło wątpliwości Sądu Apelacyjnego, że nieautoryzowane przekazy były przekazami nie mającymi pokrycia według zasad odnoszących się do przekazów realizowanych w sieci (...). Zasadniczą i wymagającą wykazania przez powoda była natomiast okoliczność, że powód pokrył z własnych środków finansowych te kwoty lub cięży na nim z tego tytułu wierzytelność o określonej wartości.

Niezależnie od tych uwag podkreślenia wymaga fakt, że skoro sporne transakcje nie zostały wykonane z udziałem pracowników interwenienta ubocznego, którzy nie mieli nawet świadomości, że tego rodzaju transakcje są wykonywane przy wykorzystaniu kodu dostępu do nich, zainstalowanego na komputerze należącym do interwenienta, to tym samym po ich stronie nie powstał nawet obowiązek pobrania prowizji od tych transakcji, należnych Bankowi. Cały proces nadania spornych przekazów pieniężnych odbył się bowiem poza umową łączącą strony, w ramach realizacji czynu przestępczego przez nieustalonego sprawcę.

W kontekście tych rozważań apelacja powoda w zakresie w jakim dotyczyła rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego o oddaleniu powództwa jako niezasadna na mocy art. 385 k.p.c. podlegała oddaleniu.

Orzekając o kosztach postępowania apelacyjnego, Sąd Apelacyjny uznał stronę powodową za przygrywającą to postępowanie w całości. Wprawdzie apelacja powoda została uwzględniona w zakresie w jakim dotyczyła rozstrzygnięcia zawartego w punkcie IV zaskarżonego wyroku, nie mniej jednak było to rozstrzygnięcie o charakterze ubocznym, które nie miało nawet odzwierciedlenia w wartości przedmiotu zaskarżenia. Z tych względów Sąd Apelacyjny na mocy art. 98 §§ 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 6 oraz § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie zasądził od powoda na rzecz pozwanego i interwenienta ubocznego kwoty po 4050 zł.