

Sygn. akt I ACa 104/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 maja 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Dobrowolski
Sędziowie	:	SA Jadwiga Chojnowska SA Jarosław Marek Kamiński (spr.)
Protokolant	:	Sylwia Radek - Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 23 maja 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. S.**

przeciwko **Bankowi (...) S.A. w W.**

o zapłatę i ustalenie

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach

z dnia 12 grudnia 2013 r. sygn. akt I C 279/13

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie II w ten sposób, iż zasądza od pozwanego Banku (...) S.A. w W. na rzecz powoda A. S. kwotę 36.927, 49 (trzydzieści sześć tysięcy dziewięćset dwadzieścia siedem 49/100) zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lutego 2013 r. do dnia zapłaty i oddala powództwo w pozostałej części;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 4.547 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.

UZASADNIENIE

Powód A. S., w pozwie skierowanym przeciwko (...) w W. (...) w S., domagał się zasądzenia na swoją rzecz od pozwanego: kwoty 56.211,83 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 26 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty, kwoty 55.410,62 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lutego 2013 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 2.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lutego 2013 r. do dnia zapłaty. Dodatkowo domagał się ustalenia, że umowa pożyczki nr (...) z dnia 28 lutego 2007 r. na kwotę 21.119,37 zł oraz umowa pożyczki nr (...) z dnia 1 czerwca 2007

r. na kwotę 44.246,42 zł są nieważne, jak też zasądzenia od pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Pozwany Bank (...) S.A. (...) w S. wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda kosztów zastępstwa procesowego. Motywując swoje stanowisko, podniósł, iż nie ponosi odpowiedzialności za skutki, jakie powód wiąże z zawarciem wymienionych umów pożyczek.

Sąd Okręgowy w Suwałkach wyrokiem z dnia 12 grudnia 2013 r. stwierdził nieważność umowy pożyczki nr (...), zawartej w dniu 4 czerwca 2007 r. pomiędzy Bankiem (...) S.A. w W. a A. S.; oddalił powództwo w pozostałym zakresie i odstąpił od obciążania powoda stosunkowo rozdzielonymi kosztami procesu.

Powyższy wyrok zapadł po dokonaniu przez Sąd Okręgowy następujących ustaleń faktycznych:

Dnia 28 lutego 2007 r. Bank (...) S.A. w W. (...) w S., reprezentowany przez M. P. i D. S. (obecnie K.), udzielił A. S. pożyczki w kwocie 21.119,37 zł na okres od dnia 28 lutego 2007 r. do dnia 12 lutego 2008 r. - z przeznaczeniem na cele konsumpcyjne. Uruchomienie pożyczki miało nastąpić w formie bezgotówkowej, poprzez przelew na rachunek nr (...) kwoty 20.000 zł. Zabezpieczeniem spłaty tej pożyczki stanowił zastaw zwykły (z datą pewną) wraz z pełnomocnictwem do przedstawienia do wykupu 2.125,287 jednostek uczestnictwa w funduszu (...) (...). Umowa pożyczki, po stronie pożyczkobiorcy A. S., została opatrzona sfałszowanym jego podpisem.

Następnie, dnia 4 czerwca 2007 r. Bank (...) S.A. w Warszawie (...) w S., reprezentowany przez M. P. i D. S., udzielił A. S. kolejnej pożyczki w kwocie 44.246,42 zł na okres od dnia 4 czerwca 2007 r. do dnia 30 czerwca 2010 r. - z przeznaczeniem na cele konsumpcyjne. Uruchomienie pożyczki miało nastąpić w formie bezgotówkowej, poprzez przelew na rachunek nr (...) kwoty 40.000 zł. Zabezpieczeniem spłaty pożyczki stanowiły: zastaw zwykły (z datą pewną) wraz z pełnomocnictwem do przedstawienia do wykupu 1.245,104 jednostek uczestnictwa w funduszu (...) (...) oraz zastaw zwykły (z datą pewną) wraz z pełnomocnictwem do przedstawienia do wykupu 461,646 jednostek uczestnictwa w funduszu P(...) FIO. Formularz tej umowy został opatrzony własnoręcznym podpisem A. S. oraz dodatkowo każda ze stron umowy została przez niego parafowana nieczytelnym podpisem.

W wyniku wewnętrznej kontroli działalności (...) w (...) Banku (...) S.A. przeprowadzonej w roku 2007, ujawniono nieprawidłowości związane z dokumentami bankowymi wystawionymi przez D. S.. Wówczas wzywano wszystkich jej klientów do weryfikacji swoich podpisów. Podobna procedura została zastosowana również wobec A. S.. Nieprawidłowości w tym względzie zostały potwierdzone.

D. S. została oskarżona o to, że w okresie od 24 lutego 2003 r. do dnia 12 lipca 2007 r. w (...) Banku (...) S.A. w S., zajmując stanowisko doradcy klienta (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dopuściła się przestępstwa w stosunku do mienia znacznej wartości, powodując szkody u pokrzywdzonych osób fizycznych w łącznej wysokości 1.019.416,40 zł, a nadto szkodę Banku (...) w wysokości 1.028.276,70 zł, działając m. in. w ten sposób, że wobec A. S. dopuściła się przestępstw, opisanych w pkt 52-69, w wyniku których poniósł on szkodę w wysokości 56.211,83 zł.

Wyrokiem z dnia 18 stycznia 2012 r., w sprawie II K 51/11, Sąd Okręgowy w Suwałkach uznał D. S. za winną popełnienia wszystkich zarzucanych jej czynów i za to wymierzył jej karę 3 lat pobawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono na okres próby wynoszący 5 lat oraz karę grzywny w wysokości 180 stawek dziennych, przyjmując wysokość jednej stawki dziennej za równoważną kwocie 200 zł. Dodatkowo wobec D. S. orzekł obowiązek naprawienia szkody poprzez zapłatę m. in. na rzecz A. S. kwoty 56.211,83 zł. Wyrok ten uprawomocnił się dnia 25 stycznia 2012 r.

D. S. nie wypłaciła A. S. kwoty 56.211,83 zł, zasądzonej w wyroku karnym z dnia 18 stycznia 2012 r., z uwagi na brak możliwości finansowych. Nie posiada ona majątku, który mógłby być przedmiotem postępowania egzekucyjnego.

Pismem z dnia 25 stycznia 2013 r. A. S. wezwał pozwanego do zapłaty w terminie 14 dni łącznej kwoty 113.622,45 zł tytułem naprawienia szkód wynikłych z przestępczej działalności byłej pracownicy Banku (...).

Od dnia dokonania zastawów na jednostkach uczestnictwa w subfunduszach P. (...), P. (...) oraz (...), które stanowiły zabezpieczenie w/w pożyczek, do chwili wytoczenia powództwa A. S. nie miał możliwości swobodnego nimi dysponowania, z uwagi na poczynione na nich blokady.

Wartość zastawionych 1.245,104 jednostek uczestnictwa w - denominowanym w USD - funduszu P. (...) (...) na dzień 14 czerwca 2007 r., po uwzględnieniu kursu kupna USD w Banku (...) S.A., wynosiła 87.750,25 zł, zaś w dniu wniesienia pozwu, tj. 25 marca 2013 r., 85.724,08 zł, a więc bezpośredni wynik na inwestycji w tym funduszu przyniósł stratę w wysokości 2.026,17 zł.

Wartość zastawionych 2.125,287 jednostek uczestnictwa w - denominowanym w USD - funduszu (...) (...) na dzień 1 marca 2007 r., po uwzględnieniu kursu kupna USD w Banku (...) S.A., wynosiła 57.896,96 zł, zaś w dniu wniesienia pozwu, tj. 25 marca 2013 r., 78.870,94 zł, a więc bezpośredni wynik na inwestycji w tym funduszu przyniósł zysk w wysokości 20.973,98 zł.

Natomiast wartość zastawionych 461,646 jednostek uczestnictwa w -denominowanym w EURO - funduszu P. (...) (...) na dzień 14 czerwca 2007 r., po uwzględnieniu kursu kupna EURO w Banku (...) S.A., wynosiła 21.006,01 zł, zaś w dniu wniesienia pozwu, tj. 25 marca 2013 r., 17.038,12 zł, a więc bezpośredni wynik na inwestycji w tym funduszu przyniósł stratę w wysokości 3.967,89 zł.

Uwzględniając łączny wynik na inwestycjach w w/w jednostkach uczestnictwa - będących przedmiotem zastawu - na dzień 25 marca 2013 r. A. S. uzyskał dochód w wysokości 14.979,93 zł.

Mając na uwadze powyżej ustalony stan faktyczny, Sąd Okręgowy stwierdził, że podstawą odpowiedzialności pozwanego banku nie może być art. 430 k.c. w zw. z art. 120 k.p., przewidujący odpowiedzialność odszkodowawczą tzw. zwierzchnika za szkodę wyrządzoną przez tzw. podwładnego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności. Powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, Sąd I instancji wskazał, że w materiale dowodowym zgromadzonym w niniejszej sprawie nie można było doszukać się związku, aby D. S. (obecnie K.), zawierając w imieniu A. S. umowy pożyczki, działała w ramach powierzonego jej zespołu (kategorii) czynności.

Natomiast w ocenie Sądu, należało przyjąć, że odpowiedzialność pozwanego Banku znajduje uzasadnienie w ramach jego własnej odpowiedzialności deliktowej (art. 415 k.c.). Istnieją bowiem wystarczające podstawy do przypisania pozwanemu Bankowi czynu niedozwolonego. Za powyższym przemawia okoliczność, że na instytucji bankowej spoczywa obowiązek wykonywania czynności na odpowiednim profesjonalnym poziomie staranności w realizacji umów bankowych (art. 355 § 2 k.c.). Zawodowy charakter prowadzonej działalności, jak i specyfika związana z przechowywaniem i dysponowaniem środkami pieniężnymi kontrahenta, wymaga stosowania podwyższonego miernika takiej staranności (tak: SN w wyroku z dnia 8 marca 2011 r., I. CKN. 991/10 i w wyroku z dnia 20 maja 2005 r., III. CK. 661/04, Lex nr 154504).

W tych warunkach stwierdził, że Bank odpowiada za zaniedbania w nadzorze nad pracownikiem. Pozwany dysponował bowiem wzorami podpisów powoda, co pozwalało mu na przeprowadzenie niezbędnych porównań przedkładanych dokumentów z tymi wzorami. Pozwany Bank, próbując się zwolnić od tej odpowiedzialności, winien zatem wykazać, że jego pracownicy dochowali należytej staranności przy sporządzaniu umów, zaś nadzór sprawowany nad nimi był kompleksowy i skuteczny. Zachowania takiej jednak staranności, w ocenie Sądu, pozwany Bank nie udowodnił.

W dalszej kolejności Sąd Okręgowy dokonał analizy, czy zostały spełnione warunki przyznania odszkodowania na powyższej podstawie prawnej tj. czy zaistniała szkoda w związku z działaniem Banku oraz czy pomiędzy tym działaniem a szkodą wystąpił normalny związek przyczynowy.

W niniejszej sprawie powód wskazał, że poniósł szkodę dwojakiego rodzaju. Pierwsza, została stwierdzona w prawomocnym wyroku karnym z dnia 18 stycznia 2012 r., na mocy którego Sąd Okręgowy w Suwałkach nakazał D. S. naprawienie szkody wobec A. S. poprzez zapłatę kwoty 56.211,83 zł. Druga, dotyczy kwoty 55.410,62 zł jako szkody

poniesionej - na skutek niemożności swobodnego obracania środkami zgromadzonych w jednostkach uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych - na dzień 31 grudnia 2012 r.

Odnosząc się do pierwszego rodzaju szkody i mając na uwadze zakres związania Sądu prawomocnym wyrokiem karnym - zgodnie z art. 11 k.p.c., Sąd Okręgowy stwierdził, że powód błędnie uznał, że wysokość szkody, poniesionej przez niego w następstwie przywłaszczenia przez D. S. jego mienia, kształtuje się na poziomie kwoty 56.211,83 zł, a nadto, że obowiązek naprawienia takiej szkody spoczywa również na pozwanym Banku. Zauważył bowiem, że wyrządzenie szkody, a więc także jej wysokość, nie należą do znamion przestępstwa przywłaszczenia mienia znacznej wartości. Nie można też automatycznie przyjmować ustalenia wysokości takiej szkody w wyroku karnym. Powód nie wykazał też żadnym dowodem, w jaki sposób wysokość tej szkody została ustalona. Wątpliwości Sądu budziła chociażby kwestia, pomijając w tym zakresie nałożoną na jednostki uczestnictwa blokadę, która ze stron - czy powód, czy pozwany, a może obaj - poniosła szkodę w ramach przedmiotowych umów. W tym kontekście zauważył, że D. S. przywłaszczyła sobie faktycznie środki pieniężne pozwanego Banku, a po stronie powoda nie doszło do żadnych przesunięć majątkowych. Powód nie wszedł bowiem w posiadanie środków pieniężnych na podstawie tych dwóch umów pożyczek, ani też nie miał obowiązku ich spłacać (do chwili obecnej pozwany Bank nie zgłaszał takiego żądania). Podkreślił przy tym, że zawarte w sentencji prawomocnego wyroku skazującego stwierdzenie, iż oskarżona działała na szkodę powoda, dokonując przypisanego jej przestępstwa, może co najwyżej przesądzać o statusie powoda jako osoby poszkodowanej w następstwie jego popełnienia, ale nie przesądza o wysokości poniesionej przez niego szkody na skutek popełnienia tego przestępstwa.

Odnosząc się do drugiego rodzaju szkody, w ocenie Sądu, brak było też podstaw do jej przyjęcia, że faktycznie ona zaistniała. W celu ustalenia, czy powód w w/w zakresie poniósł szkodę, Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu zarządzania finansami W. S..

Biegły w swojej opinii dokonał analizy i szczegółowych wyliczeń w dwóch płaszczyznach. Pierwsza dotyczyła faktycznego poziomu straty/zysku na zastawionych jednostkach uczestnictwa - od daty zastawu do dnia wniesienia pozwu - w poszczególnych funduszach. Druga zaś dotyczyła wyliczenia potencjalnie utraconych dochodów w przypadku inwestycji alternatywnych w stosunku do posiadanych jednostek uczestnictwa. Analizując dwuwariantowo inwestowanie przez A. S. w fundusze, biegły ustalił, że najbardziej prawdopodobne było ulokowanie przez niego środków na rachunkach bankowych. Takie prawdopodobieństwo zostało oszacowane przez biegłego na 60% - mając na względzie sytuację na (...), masowe wycofywanie przez inwestorów środków finansowych zaangażowanych na rynkach kapitałowych i lokowanie ich przede wszystkim na lokatach bankowych, a także wykonywane uprzednio przez powoda ruchy inwestycyjne, polegające na stopniowym zmniejszaniu swojego zaangażowania. Kwestię wyboru przez powoda banku (...) S.A. lub innego oszacował z kolei na 50%, czyli złotówkową lokatę w innych bankach oszacował na 25% i na tyle samo oszacował prawdopodobieństwo ulokowania środków w Banku (...) S.A., zaś pozostałe 10% przypadło na zdarzenie ulokowania środków na lokatach walutowych. Zdarzeniom pozostałym przypadło prawdopodobieństwo w wysokości 40%, gdzie największym prawdopodobieństwem wystąpienia mogła być inwestycja w Fundusz Obligacji Dolarowych.

Zestawiając powyższe wnioski, biegły ocenił, iż dochód alternatywny powód mógłby uzyskać w następujący sposób: inwestycja długoterminowa na okres 12 miesięcy w lokatach bankowych - 6.126,84 zł, inwestycja długoterminowa na okres 12 miesięcy w lokatach oferowanych przez Bank (...) S.A. - 3.894,40 zł, inwestycja na walutowych 12-miesięcznych lokatach walutowych - 748,24 zł, inwestycja na (...) (USD) - 11.214,44 zł, inwestycja na (...) (PLN) - 5.488,21 zł, inwestycja na (...) (PLN) - 3.055,35 zł., co doprowadziło biegłego do konkluzji, że z powodu braku swobodnej możliwości dysponowania swoimi środkami, z uwagi na zastawy i blokady, powód utracił możliwość osiągnięcia dodatkowych dochodów w kwocie 30.527,49 zł.

W ocenie Sądu Okręgowego, złożona przez biegłego opinia jest opinią zupełną i wyczerpującą. Przy jej sporządzaniu biegły wykazał się fachowością i należyłą znajomością badanych zagadnień. Jednak zdaniem Sądu, konstatując powyższe zagadnienie szkody, trudno jest mówić, aby ona zaistniała. Analizując wyniki zestawień poczynionych

przez biegłego uznał, że nawet gdyby powód w najlepszym przypadku zainwestował w (...) (USD), jego wynik nie przekroczyłby faktycznego (aktualnego) poziomu zysku na zastawionych jednostkach uczestnictwa.

W konsekwencji powyższego, Sąd Okręgowy stwierdził, że powód, skoro stał na stanowisku, że poniósł szkodę w postaci utraty możliwości swobodnego dysponowania jednostkami uczestnictwa zgromadzonymi na subfunduszach, winien uprawdopodobnić te okoliczności. W niniejszym postępowaniu takich działań powód jednak nie przedsięwziął. Podniósł, że możliwość ulokowania pieniędzy na rachunkach bankowych w okresie zastawów miała charakter niepewny; wprawdzie realny, ale nie jedyny (biegły sądowy stopień tego prawdopodobieństwa ulokował na poziomie 60%). Na jeszcze niższym poziomie ustalił prawdopodobieństwo ulokowania tych pieniędzy w Banku (...) S.A. (50%), lokatach złotówkowych (25%), lokatach walutowych (10%) i innych zdarzeniach (40%). W tym stanie rzecz nie można uznać, że powód sprostą swojemu obowiązkowi wykazania możliwości uzyskania dochodów alternatywnych.

Mając na uwadze powyższe, Sąd uznał, iż nie istnieje związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem pozwanego a wskazywaną przez powoda szkodą, albowiem tej szkody on nie poniósł - materiał dowodowy nie pozwala wyprowadzić takich wniosków.

Odnosząc się do kolejnego żądania powoda, tj. ustalenia, że umowy pożyczki z dnia 28 lutego 2007 r. i 1 czerwca 2007 r. z nim zawarte są nieważne, Sąd podkreślił, że podlegały one ocenie pod kątem art. 189 k.p.c. W ocenie Sądu, powód nie posiada interesu prawnego w ustaleniu nieważności umowy nr (...) z dnia 28 lutego 2007 r., skoro umowa ta nie istnieje, albowiem nie jest on jej stroną. Jak wynika bowiem z ustaleń postępowania karnego, na tej umowie widnieje sfalszowany podpis powoda, a więc nie zaszła sytuacja, w której umowa ta, podpisana przez D. S. przy użyciu nazwiska powoda, była działaniem w jego imieniu. Powód nie wyraził żadnej woli uzyskania środków pieniężnych związanych z tą umową. Ponadto pozwany Bank nie domaga się od powoda zwrotu utraconych przez niego pieniędzy. Zdaniem Sądu, z uwagi na art. 321 k.p.c. wyłączone jest więc po jego stronie żądanie ustalenia nieważności tej umowy, skoro umowa ta nie istnieje. Nie można bowiem mówić o istnieniu, a tym bardziej ważności czynności prawnej, jeżeli powód nie wyraził woli, nawet w sposób dorozumiany, że jego celem było uzyskanie od pozwanego Banku pieniędzy wiążących się z w/w umową.

Inna sytuacja natomiast zachodzi w odniesieniu do umowy nr (...) z dnia 4 czerwca 2007 r. Zauważył, że umowa ta została opatrzona autentycznym podpisem powoda, a nadto na każdej stronie dokumentu znajduje się parafka jego nieczytelnego podpisu. Jak wynika z ustaleń sądu karnego (art. 11 k.p.c.), do podpisania tej umowy przez powoda doszło na skutek wprowadzenia go w błąd przez D. S., polegające na podsunięciu mu do podpisu - wbrew jego wiedzy i woli - dokumentów. Umowa przewidywała m. in. przekazanie środków pieniężnych na rachunek bankowy założony przez D. S. na nazwisko powoda, na podstawie sfalszowanych dokumentów bankowych. Działania D. S. miały charakter przestępczy, albowiem jej celem było uzyskanie znacznej korzyści majątkowej. W rozpoznawanej sprawie, w ocenie Sądu, prawomocny wyrok skazujący D. S. za popełnienie opisanych w nim przestępstw był okolicznością faktyczną wpływającą na rozstrzygnięcie niniejszej kwestii. Zgłoszone powództwo oparte jest na związanym z popełnionym przestępstwem stanie faktycznym i wywodzi się z łączącej strony umowy, tj. powoda A. S. i pozwanego Banku. Konsekwencją powyższych rozważań było uznanie umowy z dnia 4 czerwca 2007 r. za nieważną.

Mając na względzie powyższe, Sąd orzekł jak w pkt I i II sentencji wyroku.

Orzekając o kosztach wskazał, że powód jedynie w nieznacznym zakresie wygrał sprawę przed Sądem I instancji, a więc w myśl art. 100 k.p.c. koszty te winny być wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone między stronami. Podkreślił jednak, że zasada ta nie obowiązuje bezwzględnie w każdej sytuacji. Sąd bowiem może w wypadkach szczególnie uzasadnionych nie obciążać w ogóle kosztami strony przegrywającej lub obciążyć ją tylko częściowo (art. 102 k.p.c.). Z powyższego wynika, że wynik sprawy nie jest jedynym kryterium przy ocenie praw i obowiązków w zakresie kosztów, albowiem tym kryterium w pewnych sytuacjach jest także zasada słuszności.

Zasadę tę należało zastosować w niniejszym wypadku, z uwagi na charakter roszczenia powoda oraz jego subiektywne przeświadczenie o słuszności wniesionego powództwa. Z tych względów, Sąd z mocy art. 102 k.p.c. postanowił nie obciążać powoda stosunkowo rozdzielonymi kosztami procesu.

Powód zaskarżył powyższy wyrok w punkcie II w części oddalającej powództwo tj. w zakresie kwoty 6.400 zł - w ramach orzeczonego wyrokiem karnym w sprawie sygn. akt II K 51/11 obowiązku naprawienia szkody nałożonego na D. K. (uprzednio S.) w wysokości 56.211,83 zł - oraz w zakresie kwoty 30.527,49 zł jako utraconych korzyści wynikających z zastawów i blokad poczynionych przez pozwanego, w związku z czynami przestępczymi D. K..

Wyrokowi temu zarzucił naruszenie prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

1. pominięcie przez Sąd - przy ocenie materiału dowodowego zebranego w sprawie - niektórych dowodów tj. w części sentencji orzeczenia Sądu Okręgowego w Suwałkach Wydział Karny z dnia 18 stycznia 2012 r. w sprawie sygn. akt II K 51/11 w zakresie dotyczącym powoda, a mianowicie pkt 55, które to ustalenia jako integralna część sentencji wyroku karnego winny wiązać Sąd cywilny przy orzekaniu oraz pominięcie dowodów z dokumentacji bankowej, która w formie kserokopii została dołączona do niniejszej sprawie,
2. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, polegająca na przyjęciu, że powód nie poniósł szkody w rozumieniu utraconych korzyści w związku blokadą i zastawem jednostek uczestnictwa subfunduszy (...), (...), (...), albowiem aktualny poziom zysku na zastawionych jednostkach uczestnictwa jest zbliżony do zysku z innych alternatywnych inwestycji w sytuacji, gdy z opinii biegłego W. S., którą Sąd podzielił, wynika, że każda inna inwestycja wzięta przez biegłego pod uwagę jako najbardziej prawdopodobna przyniosłaby powodowi znacznie wyższy zysk niż jednostki uczestnictwa wyżej wymienionych subfunduszy, który został oceniony przez biegłego na kwotę 30.527,49 zł.

Wskazując na powyższe, wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 6.400 zł tytułem obowiązku naprawienia szkody oraz kwoty 30.527,49 zł tytułem utraconych korzyści z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lutego 2013 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu za II instancję.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest zasadna.

Mając na uwadze zakres zaskarżenia w niniejszej sprawie, sporną - na etapie postępowania apelacyjnego - okazała się kwestia części dochodzonego odszkodowania w zakresie 6.400 zł, to jest kwoty przelanej przez D. K. bezpośrednio z konta powoda na rachunki bankowe innych osób oraz odszkodowania z tytułu utraconych korzyści, w związku z blokadą i zastawem jednostek uczestnictwa subfunduszy, w wysokości 30.527,49 zł, czyli oszacowanej w opinii biegłego utraty możliwości uzyskania dochodu w tej właśnie wysokości, ze środków pozostających na wskazanych instrumentach finansowych.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutu apelacyjnego dotyczącego sprzeczności istotnych ustaleń Sądu, polegających na przyjęciu, że powód nie poniósł szkody w rozumieniu utraconych korzyści, w związku z blokadą i zastawem jednostek uczestnictwa subfunduszy (...), (...), (...).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, zarzut ten okazał się uzasadniony, szczególnie biorąc pod uwagę opinię biegłego sporządzoną w niniejszej sprawie. Niewątpliwie należy się zgodzić ze stanowiskiem Sądu Okręgowego, iż roszczenie zgłoszone przez powoda w tym zakresie należało ocenić, mając także na uwadze utrwalone stanowisko Sądu Najwyższego, że należy odróżnić szkodę w postaci utraconego zysku, od sytuacji, w której dochodzi jedynie do utraty samej szansy uzyskania określonej korzyści majątkowej. O wystąpieniu szkody w postaci *lucrum cessans* decyduje wysoki stopień prawdopodobieństwa uzyskania określonych korzyści, gdyby nie wystąpiło zdarzenie uznane za przyczynę szkody (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2011 r., I CSK 598/10, Lex nr 863906).

Kryterium dużego prawdopodobieństwa uzyskania dochodu (zysku) oznacza konieczność brania pod uwagę nie tylko elementów natury przedmiotowej (rodzaj dochodów), funkcjonalnej (związku tych dochodów z określoną działalnością), ale także czasowej (wysokie prawdopodobieństwo zysku w określonym okresie). Odpowiednia opinia kompetentnego biegłego w tym zakresie pozwala na stosowne zweryfikowanie żądania strony powodowej.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, taka opinia została sporządzona w sprawie niniejszej. Biegły z zakresu zarządzania finansami, który w swojej opinii oszacował hipotetyczne dochody, jakie utracił powód - na skutek braku możliwości swobodnego dysponowania swoimi środkami w wyniku zastawów i blokad - na dzień 25 marca 2013 r., określił ich równowartość na kwotę 30.527,49 zł. Biegły w opinii przekonująco uzasadnił, w jaki sposób wyliczył powyższą wartość, dokonując analizy zachowania A. S. jako inwestora i wziął pod uwagę przede wszystkim jego dotychczasowe postępowanie w kwestiach inwestycji finansowych, a nie możliwe do uzyskania - w badanym okresie czasu - maksymalne stopy zwrotu z poszczególnych instrumentów finansowych dostępnych na całym rynku kapitałowym.

Biegły uwzględnił, że powód zdecydowaną większość środków finansowych inwestował w fundusze o niskim stopniu ryzyka, w większości denominowanych w USD lub w EURO, w horyzoncie średnio i długoterminowym, powierzając znaczne środki finansowe instytucji w tym wyspecjalizowanej. W związku z powyższym, wykluczył instrumenty finansowe o wysokim stopniu ryzyka, ale o zdecydowanej wyższej oczekiwanej stopie zwrotu, z uwagi na to, że ich notowania podlegają częstym i okresowo dość gwałtownym wahaniom kursu.

Biegły miał też na uwadze, że powód przed 2004 r. posiadał jednostki uczestnictwa funduszy obligacyjnych, cechujących się stosunkowo niskim stopniem ryzyka, denominowanych w USD i PLN, o wartości ok. 440.000 zł. Pod koniec 2004 r. stopniowo redukował swoje zaangażowanie w w/w instrumenty; denominowane w PLN całkowicie zamknął, a w USD zredukował o 4% - zmniejszając swoje zaangażowanie do ok. 260.000 zł. Kolejne operacje dokonane przez powoda miały miejsce dopiero w 2006 r., kiedy poprzez operacje konwersji po raz kolejny w dosyć znacznym stopniu zmniejszył swoje zaangażowanie w (...), a nabył jednostki uczestnictwa w (...) oraz (...) (...). Powód, zamykając swoją pozycję (...), zaakceptował poziom straty w wysokości ok. 4.000 zł. W 2007 r. na rachunkach inwestycyjnych powoda zaszły dosyć istotne zmiany, albowiem zamknął pozycję na (...), a nabył (...). Nabył również znaczące ilości jednostek uczestnictwa (...). W 2008 r. generalnie zamykał możliwe do zrealizowania (z uwagi na zastawy) pozycje, ponosząc łączne straty w wysokości ok. 34.000 zł. Pogodzenie się ze stratami nie wynikało z faktu ich akceptacji, lecz działań powoda, aby zminimalizować swoje starty finansowe, wynikające z wyceny jednostek uczestnictwa w tamtym okresie, które w związku z pogłębieniem się kryzysu finansowego miały swoje apogeum w postaci spadków notowań na (...) oraz masowym wycofywaniem z (...) środków przez inwestorów i lokowaniem ich w bardziej bezpiecznych miejscach. Ostatecznie zaangażowanie powoda w jednostki uczestnictwa P. w okresie od 2003 r. do 1 grudnia 2008 r. wynosiło do ok. 116.000 zł. W tym okresie ponad 80% środków było zainwestowane w fundusze obligacyjne. Biegły na podstawie historii rachunku inwestycyjnego powoda określił go jako inwestora minimalizującego ryzyko, o wyraźnych preferencjach inwestycyjnych i mającego świadomość ponoszonego ryzyka w postaci zmian w notowaniach oraz ryzyka kursowego.

Zdarzenie ulokowania przez niego pieniędzy na rachunkach bankowych zostało łącznie przez biegłego oszacowane na 60% jako najbardziej prawdopodobne, przy uwzględnieniu ówczesnej sytuacji na Giełdzie Papierów Wartościowych, masowego wycofywania przez inwestorów środków finansowych zaangażowanych na rynkach kapitałowych i lokowania ich przede wszystkim na lokatach bankowych, a także wykonywania uprzednio przez powoda ruchów inwestycyjnych w kierunku stopniowego zmniejszania swojego zaangażowania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, opinia sporządzona przez tego biegłego zasługiwała na aprobatę i przyjęcie jej za podstawę przy wyliczeniu utraconych korzyści powoda, albowiem biegły uwzględnił przy jej opracowaniu takie okoliczności, jak dotychczasowy sposób inwestowania przez A. S., rodzaj wybieranych przez niego instrumentów finansowych, charakter banku, w którym ulokował on swoje oszczędności, a nie czysto teoretyczne rozważania, jakie mogłyby on osiągnąć zyski, gdyby inwestował tylko w najbardziej rentowne w danej chwili inwestycje.

W odniesieniu do rozważań, zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego, należy podnieść, że wykazanie szkody w postaci *lucrum cessans* z natury rzeczy ma charakter hipotetyczny. Nie sprzeciwia się to przyjęciu, że szkoda rzeczywiście powstała, jeżeli zostanie udowodnione tak duże prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści majątkowej przez poszkodowanego, że rozsądnie rzecz oceniając można stwierdzić, że poszkodowany uzyskałby korzyść, gdyby nie wystąpiło zdarzenie, w związku z którym ten skutek był niemożliwy (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2008 r., II CSK 377/07, Lex nr 492169, z dnia 19 czerwca 2008 r., V CSK 19/08, Lex nr 424433).

Od szkody w postaci *lucrum cessans* niewątpliwie należy odróżnić pojawiające się w orzecznictwie i literaturze prawniczej pojęcie szkody ewentualnej, przez którą należy rozumieć utratę tylko szansy uzyskania pewnej korzyści majątkowej (np. szansy wygrania na loterii). Jednakże różnica wyraża się w tym, że w wypadku *lucrum cessans* hipoteza utraty korzyści jest wysoka, natomiast w wypadku szkody ewentualnej samo prawdopodobieństwo wystąpienia takiej korzyści jest niewielkie. Szkoda ewentualna nie podlega naprawieniu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 sierpnia 2007 r., V CSK 174/07, Lex nr 442571).

Przenosząc powyższe konstatacje na grunt niniejszej sprawy, należy wskazać, że w świetle opinii biegłego należało zakwalifikować szkodę poniesioną przez powoda z tytułu zablokowania środków na funduszach jako utracone korzyści w rozumieniu art. 361 § 1 k.p.c., nie zaś jako szkodę ewentualną, bowiem jest bardzo prawdopodobne w świetle zasad doświadczenia życiowego, że powód uzyskałby jednak te korzyści. Uzyskanie omawianych korzyści nie może przy tym zostać ocenione jako czysto hipotetyczne, czy też przypadkowe, albowiem powód inwestował środki pieniężne z dużą ostrożnością. Stąd też należało uznać, że jest to korzyść, która nie weszła do majątku poszkodowanego na skutek zdarzenia wyrządzającego szkodę. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w okolicznościach niniejszej sprawy istnieją podstawy do przyjęcia, że gdyby nie zablokowanie środków na funduszach, to uzyskałby on dochody w wysokości określonej przez biegłego w opinii, co zostało w wystarczającym stopniu wykazane w niniejszej sprawie (art. 6 k.c. i art. 361 § 2 k.c.)

Natomiast odnosząc się do zarzutu apelacyjnego, dotyczącego pominięcia przez Sąd - przy ocenie materiału dowodowego zebranego w sprawie - niektórych dowodów, należy zgodzić się co do zasady z Sądem Okręgowym, że wyrażona w art. 11 k.p.c., zasada związania sądu cywilnego prawomocnym wyrokiem karnym skazującym, dotyczy wyłącznie pozytywnie ustalonych w jego sentencji znamion przestępstwa, za popełnienie którego oskarżony został prawomocnie skazany, co oznacza, że przepis art. 11 k.p.c. nie ogranicza dopuszczalności samodzielnego ustalenia przez sąd w postępowaniu cywilnym okoliczności zdarzenia, w tym także jego skutków w płaszczyźnie majątkowej strony powodowej, które nie są opisane w sentencji prawomocnego wyroku karnego skazującego pozwanego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 2005 r., V CK 297/05).

Należy jednak przyznać powodowi rację, że poniesienie przez niego szkody w wysokości 6.400 zł wynikało z kopii dokumentacji przelewów bankowych, wykonanych przez D. K. (uprzednio S.) w dniach 2 stycznia 2007 r. oraz w dniu 19 czerwca 2007 r. Przelanie tych kwot z rachunku powoda na rachunki bankowe innych osób wynikało bezpośrednio z dokumentacji bankowej (k. 379 i 380 akt sprawy karnej), a zatem przelewy dokonane w tym zakresie można uznać za zdarzenia wyrządzające mu szkodę, za którą odpowiada pozwany Bank na zasadzie art. 415 k.c., skoro nie zostało podważone twierdzenie powoda, iż przelane kwoty pochodziły z jego własnych środków.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, podstawa odpowiedzialności cywilnej Banku, powołana przez Sąd Okręgowy, jest prawidłowa. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przestępstwo popełnione przez D. K. w zakresie zarzutu, opisanego w punkcie 55 wyroku wydanego w sprawie karnej, niewątpliwie stanowiło bezpośrednio wyrządzoną działaniem oskarżonej szkodę, której naprawienia domagała się strona powodowa (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2012 r., V CSK 25/12, powoływany także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego). W tych warunkach - w ocenie Sądu - stwierdzić należy, że powód prawidłowo uznał, że wysokość szkody, poniesionej przez niego w następstwie przywłaszczenia przez D. K. jego mienia, kształtuje się na poziomie 6.400 zł i że obowiązek naprawienia takiej szkody spoczywa również na pozwanym Banku, ponoszącym winę za nieprawidłowy nadzór nad pracownikiem.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny, uznając apelację za uzasadnioną w całości, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku.

O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 5 i § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. nr 163, poz. 1348 ze zm.), uwzględniając iż powód wygrał sprawę w postępowaniu apelacyjnym w całości.