

Sygn. akt V ACa 184/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 grudnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie V Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Marta Szerel

Sędziowie: SA Alicja Fronczyk (spr.)

SO (del.) Elżbieta Wiatrzyk - Wojciechowska

Protokolant: sekretarz sądowy Aneta Walkowska

po rozpoznaniu w dniu 29 listopada 2019 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa A. O.

przeciwko (...) Bank (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 30 listopada 2018 r., sygn. akt II C 339/18

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od (...) Bank (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz A. O. kwotę 83 555 zł (osiemdziesiąt trzy tysiące pięćset pięćdziesiąt pięć złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 10 grudnia 2014 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 9 595 zł (dziewięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;

2. zasądza od (...) Bank (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz A. O. kwotę 8 228 zł (osiem tysięcy dwieście dwadzieścia osiem złotych) tytułem zwrotu kosztów w postępowaniu apelacyjnym.

Elżbieta Wiatrzyk - Wojciechowska Alicja Fronczyk Marta Szerel

Sygn. akt V Aca 184/19

UZASADNIENIE

Powód A. O. w pozwie z dnia 6 kwietnia 2018 roku wniósł o zasądzenie od (...) Bank (...) spółki akcyjnej w W. kwoty 83 555 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 10 grudnia 2014 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie do dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty. Nadto wniósł o zasądzenie kosztów procesu.

W podstawie faktycznej powód wskazał, że w kwietniu 2011 roku złożył w pozwanym banku dyspozycję zakupu certyfikatów na kwotę 207 000 zł. Po zakończeniu czasu trwania inwestycji powód uzyskał kwotę 123 444,95 zł tytułem rozliczenia inwestycji. Kwota dochodzona pozwem stanowi różnicę pomiędzy wysokością zainwestowanych, a zwróconych środków pieniężnych. Powód wskazał na powstanie po swojej stronie szkody majątkowej, za którą

pozwany podnosi odpowiedzialność z tytułu nienależytego wykonania usługi private banking oraz umowy o doradztwo inwestycyjne. Nadto wskazał, że podstawę odpowiedzialności pozwanego stanowią również przepisy o czynach niedozwolonych, gdyż pozwany nie dopełnił obowiązków informacyjnych przewidzianych przepisami prawa.

(...) Bank (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu. Pozwany zakwestionował istnienie pomiędzy stronami, w dacie przedmiotowej inwestycji, usługi private banking oraz umowy o doradztwo inwestycyjne. Pozwany zakwestionował podstawy swojej odpowiedzialności, podnosząc nadto zarzut przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody wynikłej z deliktu.

Wyrokiem z dnia 30 listopada 2018 roku Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i zasądził od A. O. na rzecz (...) Bank (...) spółki akcyjnej w W. kwotę 5417 zł tytułem kosztów procesu, w tym kwotę 5400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Podstawę rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego stanowiły następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

A. O. wspólnie z małżonką L. O. zawarli z (...) Bank (...) s.a. w W. umowę o otwarcie i prowadzenie wspólnego bankowego rachunku oszczędnościowego dla osób fizycznych.

W dniu 27 maja 2010 roku (...) Bank (...) s.a. w W. i A. O. zawarli w formie pisemnej umowę o świadczenie usług przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub odkupienia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania przez (...) Bank (...) s.a. Integralną część umowy stanowił przy tym regulamin. Na podstawie § 2 umowy Bank zobowiązał się do przyjmowania zleceń i dyspozycji określonych w Regulacjach Funduszu, w szczególności dotyczących: nabycia, odkupienia i konwersji tytułów uczestnictwa. A. O. zobowiązał się zaś do składania zleceń lub dyspozycji, zapoznania się z regulacjami funduszu, w szczególności z opisem ryzyka w zakresie uczestnictwa w danym Funduszu (§ 3 umowy). W § 4 ust. 5 umowy zapisano, że powód przyjął do wiadomości i zaakceptował, że inwestowania w tytułu uczestnictwa wiąże się z ryzykiem inwestycyjnym, nie daje gwarancji zysku i może wiązać się z poniesieniem start wskutek spadku wycen tytułów uczestnictwa. W myśl § 4 ust. 9 niezależnie od informacji przekazanych przez Bank, przed złożeniem zlecenia lub dyspozycji klient był zobowiązany do oceny ryzyka, potencjalnych korzyści oraz ewentualnych strat ... oraz w sposób niezależny podjąć decyzję, czy jest w stanie ponieść samodzielnie podjąć takie ryzyko. Zgodnie z zapisem § 4 ust. 10 klient przyjął do wiadomości i zaakceptował, że bank w ramach tejże umowy nie świadczy usług doradztwa inwestycyjnego. Umowa została zawarta na czas nieokreślony.

W dniu 27 maja 2010 roku A. O. wypełnił dokument „Profil inwestycyjny klienta”.

W kwietniu 2011 roku pracownik pozwanego Banku skontaktował się telefonicznie z A. O. celem umówienia spotkania, na którym zostanie ustalony sposób dalszego zainwestowania środków pieniężnych. Spotkanie odbyło się w oddziale banku w W.. Pracownik Banku zaprezentował dwie oferty inwestycyjne, w tym dotyczące certyfikatów (...). Zarówno A. O., jak i jego małżonka wskazywali, że zainteresowani są wyłącznie bezpiecznymi inwestycjami, na których nie stracą wartości inwestowanego kapitału i ustnie zostali zapewnieni, że wskazana inwestycja takie warunki spełnia .

W materiałach marketingowych dotyczących certyfikatów (...), których okres subskrypcji trwał od 28 marca do 22 kwietnia 2011 roku, zawarto zapisy o ryzyku związanym z inwestycją, w tym o braku gwarancji kapitału produktu i ryzyku utraty początkowo zainwestowanego kapitału . Materiały te zostały udostępnione A. i L. O. podczas spotkania w Banku .

A. O. poprzednio również inwestował środki pieniężne korzystając z usług pozwanego Banku, jak również w innych bankach. Poprzednie inwestycje w pozwanym Banku nie przynosiły straty finansowej po jego stronie. W roku 2010 powód zainwestował w Certyfikaty (...) i (...).

W dniu 7 kwietnia 2011 roku A. O. złożył zapis na certyfikaty (...) powiązane z koszykiem indeksów o wartości nominalnej 100 zł każdy, których emitentem był (...) Bank (...) z siedzibą we F. działający poprzez Oddział w L.,

a emitowane były na podstawie Prospektu Podstawowego oraz Warunków Emisji dla Certyfikatów, dalej określane w dokumencie jako „papiery wartościowe”. Zapisem objęto 2070 papierów wartościowy o cenie emisyjnej jednego wynoszącej 100 zł. Kwota wpłaty na papiery wartościowe wyniosła 207000 zł. W dokumencie stanowiącym formularz zapisu i dyspozycji deponowania, powód złożył oświadczenie, że zapoznał się i zaakceptował Warunki Emisji Publicznej Subskrypcji Papierów Wartościowych oraz treść Prospektu Podstawowego .

W dniu 7 kwietnia 2011 roku A. O. udzielił na piśmie pełnomocnictwa do wydania dyspozycji dokonania przelewu tytułem opłacenia zapisu na certyfikaty (...) powiązane z koszykiem indeksów o wartości nominalnej 100 zł każdy, który emitentem był (...) Bank (...) z siedzibą we F. działający poprzez Oddział w L., emitowane na podstawie Prospektu Podstawowego oraz Warunków Emisji dla Certyfikatów oraz do odbioru potwierdzenia nabycia tychże .

Certyfikaty (...) i (...) zostały skasyfikowane w klasie 5 ryzyka .

W dniu 7 maja 2014 roku (...) Bank dokonało przelewu na rachunek L. O. kwoty 123 444,95 zł tytułem „Wykup certyfikatów (...). Z koszykiem indeksów A. O.”.

Pismem datowanym na dzień 30 lipca 2014 roku A. O. wezwał pozwany Bank do naprawienia jego szkody w kwocie co najmniej 83555 zł na podstawie porozumienia stron. Jednocześnie w piśmie zawarł oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczeń z dnia 7 kwietnia 2011 roku w przedmiocie nabycia certyfikatów (...). Powód wyjaśnił, że został wprowadzony w błąd przez przedstawiciela banku .

(...) Bank (...) s.a. w odpowiedzi na pismo z dnia 30 lipca 2014 roku wskazał, że nie znajduje podstaw do pozytywnego załatwienia wniosku.

A. O. w dniu 7 października 2014 roku (data nadania) zawezwał (...) Bank (...) s.a. w W. do próby ugodowej o zapłatę kwoty 83 555 zł. W dniu 10 grudnia 2014 roku przed Sądem Rejonowym dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie VI Wydział Cywilny odbyło się posiedzenie jawne, na którym nie doszło do zawarcia ugody, a sprawa została zakreślona jako zakończona.

Powyższy stan faktyczny Sąd pierwszej instancji ustalił na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, a wymienionych powyżej. Strony nie kwestionowały wskazanych dokumentów, a Sąd ten nie znalazł podstaw do kwestionowania ich wiarygodności. Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne również zeznania świadka L. O. oraz przesłuchanego w charakterze strony powoda.

Sąd pierwszej instancji pominął dokumenty przedstawione przez obie strony, a pochodzące z okresu po kwietniu 2011 roku (potwierdzenie otwarcia rachunku z 25 października 2013 roku – k. 38, umowa o prowadzenie rachunków bankowych z dnia 22 kwietnia 2016 roku – k.183-185), gdyż uznał, że nie pozwoliły one na określenie treści stosunków łączących strony w spornym okresie.

Wartości dowodowej nie miały – zdaniem Sądu Okręgowego – przedstawione przez obie strony wydruki artykułów opublikowanych w Internecie, a dotyczących inwestycji w certyfikaty.

Sąd pierwszej instancji na podstawie art. 217 § 3 k.p.c. oddalił wniosek o zobowiązanie pozwanego do wskazania danych pracownika oferującemu powodowi inwestycje w przedmiotowe certyfikaty oraz o przesłuchanie tejże osoby w charakterze świadka, gdyż okoliczność, do której wykazania zmierzał przedmiotowy wniosek (rekomendacja i sposób oferowania produktu, informacja o ryzykach) została już wykazana za pomocą innych środków dowodowych, zgodnie z twierdzeniami wnioskującego.

Sąd ten oddalił wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, uznając, że teza dowodowa wniosku nie odnosiła się do okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w rozumieniu art. 227 k.p.c. Podkreślono przy tym, że czas trwania inwestycji już się zakończył. Zainwestowane środki zostały rozliczone i strony nie pozostają w sporze, co do tego, że powód poniósł stratę. Dla Sądu pierwszej instancji nie było zatem wątpliwości, że już z tych okoliczności wynika, że inwestycja była obarczona ryzykiem inwestycyjnym, w sytuacji gdy ryzyko to

zmaterializowało się w postaci zmniejszenia zainwestowanego kapitału. Prowadzenie dowodu z opinii biegłego na wskazaną okoliczności jedynie negatywnie wpłynęłoby na czas trwania postępowania.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

Przypomniał, że A. O. dochodził zasądzenia od (...) Banku (...) spółki akcyjnej w W. kwoty 83 555 zł tytułem odszkodowania w związku z nienależytym wykonaniem usługi private banking i świadczonego w ramach niej doradztwa inwestycyjnego. Powód wskazywał również, że pozwany ponosi odpowiedzialność również na gruncie odpowiedzialności deliktowej.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy dokonał oceny podniesionego przez stronę pozwaną zarzutu przedawnienia. Pozwany podniósł wskazany zarzut odnośnie do roszczenia wywodzonego z tytułu odpowiedzialności deliktowej. Strona powodowa wskazywała bowiem, że pozwany naruszył przepisy rozporządzenia Ministra Finansów z 20 listopada 2009 roku w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz banków powierniczych, co skutkuje jego odpowiedzialnością deliktową.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że roszczenie powoda, polegające na żądaniu zapłaty, ma charakter majątkowy, podlega zatem przepisom określającym skutki upływu czasu dla roszczeń tego rodzaju (art. 117 i nast. kodeksu cywilnego). Zasadniczym rezultatem upływu czasu jest przedawnienie, którego istota polega na tym, że roszczenie traci cechę zaskarżalności, a ten, przeciwko komu ono przysługuje może się uchylić od jego zaspokojenia. Skorzystanie przez pozwanego z takiego uprawnienia uniemożliwia zasądzenie świadczenia i jego przymusową egzekucję. Zgodnie z treścią art. 118 k.c. termin przedawnienia wynosi lat dziesięć, natomiast dla roszczeń okresowych oraz roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej trzy lata. Przepis ten, określający ogólne terminy przedawnienia, znajduje zastosowanie tylko wtedy, gdy inny przepis, w stosunku do niego szczególnie, nie stanowi inaczej tj., gdy nie określa innego terminu, z upływem którego roszczenie ulega przedawnieniu.

Przepis art. 120 § 1 k.c. statuuje z kolei, że jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie. W ramach instytucji przedawnienia uregulowano dwie sytuacje – pierwsza, gdy bieg terminu przedawnienia ulega zawieszeniu, druga, kiedy to bieg terminu podlega przerwaniu. W przypadku pierwszej z wskazanych sytuacji termin przestaje biec, w razie jednak ustania przeszkody wywołującej zawieszenie, jest kontynuowany. Zgodnie z brzemieniem art. 123 § 1 k.c., bieg przedawnienia przerywa się: przez każdą czynność przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia (1) oraz przez uznanie roszczenia przez osobę, przeciwko której roszczenie przysługuje (2). Po każdym przerwaniu przedawnienia biegnie ono – w przeciwieństwie do zawieszenia – na nowo (art. 124 § 1 k.c.).

Sąd Okręgowy podkreślił, że mając na względzie charakter odpowiedzialności pozwanego, w ramach której podniesiony został zarzut przedawnienia (odpowiedzialność ex delicto), jego zasadność rozstrzygnąć należało w oparciu o treść art. 442¹ k.c. Zgodnie z tym przepisem roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym ulega przedawnieniu z upływem lat trzech od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się albo przy zachowaniu należytej staranności mógł dowiedzieć się o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia. Przepis art. 442¹ k.c. przewiduje dwa podstawowe terminy przedawnienia: 3-letni termin a tempore scientiae (od momentu dowiedzenia się przez poszkodowanego o szkodzie i osobie zobowiązanej do jej naprawienia) oraz termin a tempore facti, liczony od zdarzenia wyrządzającego szkodę, zasadniczo wynoszący maksymalnie lat 10, (zgodnie z art. 442¹ k.c. przedłużony do lat 20, jeśli szkoda jest wynikiem przestępstwa).

W realiach sprawy Sąd Okręgowy uznał, że powód dowiedział się o szkodzie w dacie przelania na rachunek bankowy środków pieniężnych stanowiących rozliczenie inwestycji, co miało miejsce 7 maja 2014 roku. Nie budziło jego wątpliwości, że w tej dacie powód miał również wiedzę o podmiocie zobowiązanym do naprawienia szkody skoro źródła powstania szkody upatrywał w działaniach pracownika pozwanego Banku. Od tej daty należy zatem liczyć bieg terminu przedawnienia roszczenia z deliktu. W dniu 7 października 2014 roku doszło do przerwania biegu terminu przedawnienia, gdyż w tej dacie powód złożył skutecznie wniosek o zawezwanie do próby ugodowej. W orzecznictwie i doktrynie utrwalony jest pogląd, że złożenie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej jest co do zasady czynnością przed sądem przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia roszczenia i w konsekwencji przerywa bieg terminu przedawnienia. Sąd pierwszej instancji podzielając to stanowisko, przyjął że w dniu 7 października 2014 roku doszło do przerwania biegu terminu przedawnienia, a to stosownie do treści art. 123 § 1 pkt 1 k.c.

Postępowanie o zawezwanie do próby ugodowej zakończyło się w dniu 10 grudnia 2014 roku zarządzeniem o zakreśleniu sprawy jako zakończonej wobec faktu, że do zawarcia ugody nie doszło. W ocenie Sądu pierwszej instancji od tej daty ponownie zaczął biec termin przedawnienia, a to zgodnie z art. 124 § 1 k.c. Termin ten upływał w dniu 10 grudnia 2017 roku (art. 112 k.c.). Pozew został zaś wniesiony w dniu 6 kwietnia 2018 roku, a zatem już upływie terminu przedawnienia. W konsekwencji przyjęto, że zarzut przedawnienia w zakresie roszczenia wywodzonego z odpowiedzialności deliktowej został podniesiony skutecznie, co skutkowało oddaleniem roszczenia wywodzonego w oparciu o treść art. 415 k.c..

W następnej kolejności Sąd Okręgowy ocenił żądanie powoda na gruncie odpowiedzialności kontraktowej i wskazał, że w tym zakresie zarzut przedawnienia nie został podniesiony. Przechodząc do oceny roszczenia o zapłatę w aspekcie odpowiedzialności umownej, Sąd pierwszej instancji wskazał, że zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Wykładnia cytowanego przepisu w kontekście brzmienia art. 361 § 1 k.c., prowadzi do wniosku, iż podstawą omawianego reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oraz wystąpienie szkody, które to elementy połączone winny być związkiem przyczynowo – skutkowym znamionowanym adekwatnością.

Odpowiedzialność dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania została ukształtowana na zasadzie winy. W art. 471 k.c. zawarte jest jednak domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło wskutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Ciężar dowodowy przedstawia się dla wierzyciela korzystniej w porównaniu z odpowiedzialnością za czyny niedozwolone, albowiem nie musi on udowadniać istnienia wszystkich warunków odpowiedzialności odszkodowawczej. Przyjęcie odpowiedzialności dłużnika nie jest więc uzależnione od udowodnienia przez wierzyciela, że nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (por. Z. Gawlik, komentarz do art. 471 kc [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna [pod red.:] A. Kidyby, SiP Lex, 2010r.).

Legalną definicję należytej staranności w stosunkach obligacyjnych formułuje przepis art. 355 k.c. Zgodnie z § 1, dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Z kolei § 2 stanowi, iż należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Przez należyta staranność rozumiemy określony sposób postępowania mającego prowadzić do spełnienia świadczenia; pewien model, wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (powinności). Chodzi tu o postępowanie oceniane pozytywnie; określenie "staranny" jest tu synonimem takich słów jak: ostrożny, zapobiegliwy, przezorny (przewidujący), rozważny, uważny, rozsądny (E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny., ibidem). § 2 omawianego przepisu wymaga, aby należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określać przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Nie oznacza to podwyższonej

staranności przedsiębiorcy wobec przeciętnej (ogólnej) wymaganej w obrocie powszechnym, lecz o należytej staranności zawodowej, której wzorce są budowane od razu z uwzględnieniem profesjonalności podmiotów, której dotyczy.

Szkoda stanowi kolejną przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Brak jest normatywnej definicji szkody, które jest pojęciem o charakterze doktrynalnym. Artykuł 361 § 2 k.c. wskazuje jedynie na zakres szkody podlegającej naprawieniu, nie będąc źródłem jurydycznej definicji samego pojęcia szkoda (por. wyrok SN z dnia 25 stycznia 2007 r., V CSK 423/06, LEX nr 277311). Można przyjąć, że szkodą jest uszczerbek majątkowy, czyli zmniejszenie się majątku wskutek określonego zdarzenia, z pominięciem tych, które zależą od woli doznającego uszczerbku. Szkodę definiuje się również jako wszelkie uszczerbki w dobrach lub interesach prawnie chronionych, których poszkodowany doznał wbrew swej woli. Pomijając element woli poszkodowanego, definiuje się szkodę również jako każdy uszczerbek w dobrach prawnie chronionych, z którym ustawa wiąże powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej (tak: A. Rzetecka – Gil, komentarz do art. 361 kc, Kodeks Cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólne, SiP Lex 2011).

W rozpoznawanej sprawie twierdzenia pozwu sprowadzały się do zarzutu nienależytego wykonania usługi private banking oraz doradztwa inwestycyjnego ze strony pracowników pozwanego Banku w stosunku do powoda.

Według interpretacji Sądu pierwszej instancji private banking to produkt oferowany przez banki polegający na zapewnieniu klientowi banku bezpośredniej obsługi przez specjalnego pracownika, będącego jego doradcą finansowym. Stanowi on jeden z instrumentów działalności marketingowej banku i rozumieć przez niego należy zbiór korzyści, walorów uzyskiwanych przez klienta w związku ze świadczeniem usług (usługi) przez bank. Tym samym produkt bankowy stanowi rezultat (efekt, wynik) wykonywania usług, którymi – jak wynika z regulacji ustawy – Prawo bankowe – są zarówno wymienione w jej art. 5 czynności bankowe, jak też inne podejmowane przez bank formy aktywności takiego charakteru nieposiadające. Czynności bankowe składają się więc na kategorię produktu bankowego, ale z całą pewnością jej nie wyczerpują (tak Iwona Ciepiela, „Czynności bankowe jako przedmiot działalności banków”, Warszawa 2010). Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy usługa private banking polega na współpracy kontrahenta ze stałym tzw. doradcą bankowym (tak Sąd Najwyższy w motywach orzeczenia z dnia 16 lutego 2012 roku, IV CSK 225/11). W powołanym orzeczeniu Sąd Najwyższy wskazywał przy tym, że w ramach stałej współpracy rozpatrywać należy kwestię kontraktowego obowiązku rzetelnej informacji o charakterze doradczym.

W ocenie Sądu pierwszej instancji w sytuacji, gdy klient banku korzysta z usługi private banking, a w tym z pomocy stałego doradcy, udzielenie nierzetelnej, niepełnej informacji może stanowić podstawę odpowiedzialności kontraktowej banku. W rozpoznawanej sprawie – zdaniem Sądu Okręgowego – nie zostało jednakże wykazane, by w dacie dokonania przedmiotowej transakcji powód był objęty przedmiotową obsługą. Przedstawione przez strony dokumenty wskazują, że w latach późniejszych powodowie korzystali z omawianego produktu bankowego, jednakże nie sposób wywieść z zebranego w sprawie materiału dowodowego, by usługa ta była świadczona na rzecz powodów już w kwietniu 2011 roku. Podkreślono przy tym, że ani powód ani jego żona przesłuchana w charakterze świadka nie byli w stanie podać od kiedy objęci są wskazaną usługą, jak również nie zeznali, by usługa ta była im świadczona w spornym okresie.

W konsekwencji Sąd pierwszej instancji uznał, że strona powodowa nie wykazała, by w kwietniu 2011 roku pozwany Bank świadczył na jej rzecz usługę private banking, a zatem roszczenie nie znajduje uzasadnienia w zarzucie nienależytego wykonania tejże usługi.

Materiał dowodowy zebrany w sprawie doprowadził Sąd pierwszej instancji do przekonania, że stosunki stron w zakresie inwestycji realizowanych przez powoda z udziałem pozwanego Banku regulowała w całości umowa o świadczenie usług przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub odkupienia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania przez (...) Bank (...) s.a. z dnia 27 maja 2010 roku. To w ramach wykonania tejże umowy powodowi zostały przedstawione dwie propozycje inwestycji, z których powód wybrał inwestycję w certyfikaty

(...). Zgodnie z zapisami tejże umowy pozwany zobowiązał się do przyjmowania zleceń i dyspozycji określonych w regulacjach funduszu, w szczególności dotyczących: nabycia, odkupienia i konwersji tytułów uczestnictwa, A. O. zobowiązał się zaś do składania zleceń lub dyspozycji, zapoznania się z regulacjami funduszu, w szczególności z opisem ryzyka w zakresie uczestnictwa w danym funduszu. Analiza zapisów umowy prowadzi do przekonania, że po stronie banku nie istniały obowiązki o charakterze doradczym, opiniującym poszczególne możliwe inwestycje. Strony umówiły się bowiem w ten sposób, że bank przekazuje informacje o inwestycjach, zaś powód był zobowiązany do oceny ryzyka, potencjalnych korzyści oraz ewentualnych strat.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił stanowiska strony powodowej o tym, że strony łączyła umowa o doradztwo inwestycyjne, o której mowa w art. 76 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi z dnia 29 lipca 2005 roku. Zgodnie z tym przepisem (w brzmieniu obowiązującym w kwietniu 2011 roku) w umowie o doradztwo inwestycyjne firma inwestycyjna zobowiązuje się do przygotowywania w oparciu o potrzeby i sytuację klienta i przekazywania mu pisemnej lub ustnej rekomendacji dotyczącej: 1) kupna, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykonania lub wykupu określonych instrumentów finansowych albo powstrzymania się od zawarcia transakcji dotyczącej tych instrumentów; 2) wykonania lub powstrzymania się od wykonania uprawnień wynikających z określonego instrumentu finansowego do zakupu, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykonania lub wykupu instrumentu finansowego. Doradztwo inwestycyjne podlegało wymogom w zakresie uzyskania zezwolenia KNF, a jego istota sprowadzała się do przygotowywania pisemnej lub ustnej rekomendacji, w oparciu o potrzeby i sytuację określonego klienta. Rekomendacja inwestycyjna ma przy tym zindywidualizowany charakter i indywidualnego adresata, którego z firmą inwestycyjną łączy umowa, na podstawie której świadczona jest odpłatnie określona usługa. Omawiana umowa mogła być zawarta w dowolnej formie, w tym również przez czynności dorozumiane.

W rozpoznawanej sprawie zdaniem Sądu Okręgowego brak było podstaw do przyjęcia, by doszło do zawarcia wskazanej umowy. Zawarcie jej w formie dorozumianej (na co wskazywała strona powodowa) wyklucza zapis § ust. 10 umowy z dnia 27 maja 2010 roku, w którym wprost wskazano, że bank w ramach umowy nie świadczy usług doradztwa inwestycyjnego. Przy istnieniu tego rodzaju porozumienia pisemnego, brak podstaw do przyjęcia, by strony działały ze zgodnym zamiarem zawarcia umowy o doradztwo inwestycyjne.

W podsumowaniu dotychczasowych wywodów Sąd Okręgowy wskazał, że analiza stosunków prawnych łączących strony prowadzi do przekonania, że po stronie pozwanego nie istniał obowiązek doradcy w zakresie inwestycji środków pieniężnych powoda. Bank jedynie informował powoda o dostępnych sposobach inwestycji, natomiast ocena tychże inwestycji również w aspekcie ich ryzyka finansowego spoczywała na powodzie.

W dalszej kolejności Sąd pierwszej instancji dokonał oceny skuteczności oświadczenia powoda o uchyleniu się od skutków prawnych czynności zawartej pod wpływem błędu. Zgodnie z art. 84 § 1 k.c., w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy czynności prawnej nieodpłatnej. Dalej § 2 omawianego przepisu stanowi, że można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny).

Oświadczenie woli złożone innej osobie pod wpływem błędu jest dotknięte sankcją względną nieważności (wzruszalności). Oznacza to m. in. to, że: 1) może na nią powołać się tylko ta osoba, która złożyła wadliwe oświadczenie woli; 2) sąd nie może uwzględnić tej sankcji z urzędu; 3) czynność prawna zawierająca wadliwe oświadczenie woli jest ważna dopóty, dopóki nie nastąpi uchylenie się od jego skutków prawnych; z chwilą zaś skutecznego uchylenia się od takich skutków czynność prawna jest nieważna z mocą wsteczną (ex tunc), tj. od chwili złożenia wadliwego oświadczenia woli.

Błędem co do treści czynności prawnej w rozumieniu art. 84 k.c. jest błędne wyobrażenie dotyczące przedmiotu świadczenia. Błąd powinien się odnosić do tego, co zostało wyrażone (uzewnętrznione) w oświadczeniu woli,

a zatem chodzi o wolę wyrażoną, a nie o wolę wewnętrzną. W doktrynie jednolicie przyjmuje się koncepcję zobiektywizowanego rozumienia oświadczenia woli i niemożności uwzględnienia błędu co do pobudki jako podstawy wzruszenia czynności. Wynikająca z oświadczenia woli treść czynności prawnej to postanowienia wysłowione przez strony w oświadczeniu, określające zachowania stron lub inne następstwa prawne (tak M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–352, Warszawa 2018).

W orzecznictwie podkreślono, że nie przedstawiają doniosłości prawnej okoliczności faktyczne związane z czynnością prawną, a należące do sfery motywacyjnej, błędna ocena okoliczności przyszłych, zwłaszcza w zakresie przewidywań co do ekonomicznych konsekwencji czynności prawnej (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 października 2000 r., III CKN 963/98, OSNC 2002, Nr 5, poz. 63). W konsekwencji niespełnienie się oczekiwań osoby dokonującej czynności prawnej co do określonego rozwoju zdarzeń nie daje podstaw do uznania oświadczenia woli za wynik błędu prawnie doniosłego w rozumieniu art. 84 k.c. (tak też Sąd Najwyższy w wyrokach z 15 października 1997 r., III CKN 214/97, OSNC 1998, Nr 3, poz. 47 oraz z 24 września 1998 r., III CKN 611/97, SIP Legalis). Wskazano również na pogląd zgodny, z którym na błąd co do okoliczności stanowiących pobudkę czy motyw dokonania czynności prawnej uzyskuje znaczenie prawne (staje się błędem doniosłym prawnie), gdy taki motyw lub pobudka zostanie "włączona do treści czynności prawnej" (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 31 sierpnia 1989 r., III PZP 37/89, OSNCP 1990, poz. 108; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 1998 r., II CKN 51/98, SIP Legalis; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 14 listopada 2014 r., I ACa 474/14, SIP Legalis).

Uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli, które zostało złożone innej osobie pod wpływem błędu lub groźby, następuje przez oświadczenie złożone tej osobie na piśmie. Uprawnienie do uchylenia się wygasa: w razie błędu - z upływem roku od jego wykrycia (art. 88 § 1 i 2 k.c.). Termin roczny określony w art. 88 § 2 jest zachowany, jeżeli oświadczenie uchylającego się od skutków prawnych oświadczenia woli dojdzie w tym terminie do wiadomości drugiej strony (uchw. SN z 6.3.1967 r., III CZP 7/67, OSN 1967, Nr 10, poz. 171). Po upływie tego terminu prawo podmiotowe kształtujące wygasa, a zatem termin ten ma charakter terminu zawitego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt okoliczności niniejszej sprawy, Sąd pierwszej instancji stwierdził, że powód zachował wymóg formy pisemnej oraz termin roczny do złożenia wymagany dla uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu. Oświadczenie to nie było jednakże skuteczne, gdyż powód nie pozostawał w błędzie co do treści czynności prawnej.

W piśmie z dnia 30 lipca 2014 roku powód wskazał, że uchyla się od skutków prawnych oświadczeń z dnia 7 kwietnia 2011 roku w przedmiocie nabycia certyfikatów (...). Z treści pisma wynika, że został wprowadzony w błąd co do ryzyka transakcji. Powód działał bowiem w przeświadczeniu, że inwestycja nie wiąże się z ryzykiem utraty zainwestowanego kapitału. Analiza oświadczenia powoda z dnia 7 kwietnia 2011 roku tj. pełnomocnictwa i zapisu na certyfikaty wskazuje, że dokumenty te nie zawierają zapisów dotyczących okoliczności, co do których powód miał pozostawać w błędzie. Kwestia ryzyka utraty kapitału bądź gwarancji jego zachowania, nie została ujęta w treści oświadczeń woli powoda. Błąd, na który powołuje się powód winien zostać zakwalifikowany jako błąd co do pobudki (powód chciał zainwestować środki pieniężne licząc na osiągnięcie zysku, a co najmniej pełny zwrot zainwestowanych środków), zaś inwestycja przyniosła mu stratę. Błąd odnosił się zatem co do okoliczności przyszłych i oczekiwanego wyniku finansowego inwestycji. Nie ma on zatem doniosłego prawnie znaczenia i nie może być zakwalifikowany jako błąd co do czynności prawnej w rozumieniu powołanego art. 84 k.c. W konsekwencji – zdaniem Sądu Okręgowego - brak było podstaw do złożenia oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych takiego błędu, a tym samym czynności powoda z dnia 7 kwietnia 2011 roku nadal pozostają ważne.

Powód wskazywał, że zdecydował się na przedmiotową inwestycję z uwagi na zarekomendowanie jej jako bezpiecznej przez pracownika banku. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że powodowie udowodnili twierdzenia pozwu w tym zakresie, zaś strona pozwana nie przedstawiła materiału dowodowego skutecznie podważającego wskazaną okoliczność. W ocenie Sądu pierwszej instancji nie miało to istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak wyżej wyjaśniono na pozwanym nie ciążył obowiązek doradczy wynikający z umowy o doradztwo finansowe czy też z usługi private banking. Informacji przekazanych przez pracownika banku nie można zatem rozpatrywać w

kategorii naruszenia obowiązku umownego, gdyż taki obowiązek po stronie pozwanego nie spoczywał. Wskazać również należy na istotną rozbieżność informacji przekazanych powodowi. Pracownik banku zapewniał bowiem powoda o bezpieczeństwie inwestycji, zaś doręczone powodowi dokumenty wprost wskazywały, że produkt nie posiada gwarancji kapitału, a zatem inwestor ponosi ryzyko utraty początkowo zainwestowanego kapitału (k.190). Strony zaś łączyła umowa zgodnie, z którą to powód sam winien ocenić ryzyko oraz potencjalne korzyści bądź straty przez złożeniem zlecenie lub dyspozycji. Powód winien zatem zapewnienia pracownika Banku zestawzić z doręczoną mu dokumentacją i samodzielnie dokonać oceny ryzyka inwestycji. Podkreślić przy tym należy, że w poprzednich latach powód inwestował swoje środki zarówno w pozwanym banku, jak również w innych bankach, zaś w 2010 roku dokonał inwestycji w trzy różne certyfikaty, a zatem można było oczekiwać od powoda realizacji obowiązku oceny inwestycji.

W podsumowaniu dotychczasowych wywodów Sąd stwierdził, że strony łączyła umowa z dnia 27 maja 2010 roku o świadczenie usług przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub odkupienia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania. W ramach tejże umowy powód złożył ważną i skuteczną dyspozycję zapisu na papiery wartościowe, która dyspozycja została zrealizowana na podstawie udzielonego przez powoda pełnomocnictwa z dnia 7 kwietnia 2011 roku. Na pozwanym Banku nie spoczywał obowiązek doradztwa finansowego, jak również inny obowiązek, z którego naruszenia można by wywieść podstawy jego odpowiedzialności, ze fakt, że powód nie osiągnął z inwestycji spodziewanego zysku, a nadto doszło do częściowej utraty zainwestowanych środków. Zgodnie z umową łączącą strony, to na powodzie spoczywał obowiązek oceny ryzyka transakcji. Strona powodowa nie wykazała tym samym przesłanek odpowiedzialności kontraktowej pozwanego Banku. Roszczenie oparte o twierdzenia dotyczące odpowiedzialności deliktowej uległy zaś przedawnieniu.

Na rozprawie w dniu 23 listopada 2018 roku pełnomocnik powoda wskazał kolejną podstawę prawną powództwa tj. naruszenie przepisów ustawy o nieuczciwych praktykach rynkowych. Podstawa ta nie została w żaden sposób doprecyzowana, ani uzasadniona, co według Sądu Okręgowego uniemożliwiło ocenę zarzutu kierowanego w stosunku do pozwanego kontrahenta na tej podstawie. Sąd pierwszej instancji nie dopatrył się naruszenia przepisów ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Z powyższych względów Sąd ten oddalił powództwo w całości. O kosztach procesu orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, wyrażoną w art. 98 k.p.c. Skoro powód przegrał proces, to zobowiązany jest zwrócić pozwanemu poniesione przez niego koszty procesu. Na zasądzone koszty składały się wyłącznie koszty zastępstwa procesowego w kwocie 5400 zł, ustalone stosownie do § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804) oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 listopada 2018 roku, wniósł powód zaskarżając to orzeczenie w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, mających wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

(i) zaniechanie ustalenia treści łączącego strony stosunku zobowiązaniowego, przejawiające się w:

- pominięciu obowiązków pozwanego wynikających z rozporządzenia Ministra Finansów z 24 września 2012 roku w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych, w szczególności dotyczące obowiązków eksploracyjnych § 15 ust. 1, 2 i § 20 ust. 2;

- pominięciu obowiązków pozwanego wynikających z ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (w brzmieniu z daty składania zapisu na sporne instrumenty finansowe), w szczególności obowiązku świadczenia usług zgodnie z najlepiej pojętym interesem klienta (art. 83 a ust. 3);
- poprzestaniu przy ocenie praw i obowiązków stron wyłącznie na treści umowy o świadczenie usług przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub odkupienia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania;
- pominięciu powierniczego charakteru umowy maklerskiej łączącej strony;
- pominięciu obowiązku lojalności pozwanego wynikającego z charakteru świadczonych usług, charakteru łączących stron umów (m. in. private banking) oraz długoletniej współpracy;

co w efekcie doprowadziło do błędnych wniosków w postaci:

- braku obowiązku po stronie pozwanego uwzględnienia przy oferowaniu instrumentów finansowych wyraźnie zakomunikowanych przez powoda oczekiwań co do pełnej gwarancji kapitału;
- braku obowiązku po stronie pozwanego poinformowania powoda o ryzyku utraty kapitału;

(ii) brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego przy ustalaniu okoliczności zaoferowania powodowi przez pozwanego inwestycji w sporne instrumenty finansowe, polegający na:

- zaniechaniu przesłuchania w charakterze świadków pracowników pozwanego oferujących sporne instrumenty finansowe;
- zaniechaniu zobowiązania pozwanego do przedłożenia informacji o wysokości prowizji, premii lub innego składnika wynagrodzenia, jakie otrzymał pracownik pozwanego za sprzedaż powodowi spornych certyfikatów oraz, dla porównania, jaka byłaby wysokość prowizji, gdyby zamiast certyfikatów zaoferował powodowi lokatę na trzy lata w kwocie 207 000,00 zł;
- zaniechaniu zobowiązania pozwanego do przedłożenia informacji o wysokości wynagrodzenia, jakie za sprzedaż powodowi spornych certyfikatów otrzymał pozwany od emitenta certyfikatów

co w efekcie doprowadziło do braku ustalenia:

- motywacji pozwanego do sprzedaży powodowi bardziej ryzykownego instrumentu, nieodpowiadającego potrzebom i celom powoda;
- przebiegu spotkania sprzedażowego oraz przekazanych powodowi materiałów, co ma istotne znaczenie, bowiem według powoda w doręczonej mu prezentacji (stanowiącej załącznik do pozwu) brakowało informacji o ryzykach wynikających ze spornych certyfikatów, które to z kolei informacje znajdowały się w prezentacji przedłożonej przez pozwanego (stanowiącej załącznik do odpowiedzi na pozew);

(iii) dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, polegającą na bezzasadnym i niemającym oparcia w materiale faktycznym uznaniu, że:

- zaoferowanie powodowi przez pozwanego inwestycji w skomplikowany instrument finansowy - produkt strukturyzowany oparty o indeksy giełd w Rosji i Chinach nie stanowiło doradztwa inwestycyjnego;
- strony nie łączyła konkludentna umowa o doradztwo inwestycyjne, oparta na zaufaniu do pozwanego wywołanym długoletnią współpracą oraz statusem pozwanego jako instytucji zaufania publicznego;

b) zawarcie w umowie o świadczenie usług przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub odkupienia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania informacji, że w jej ramach nie jest świadczona usługa doradztwa inwestycyjnego wyłącza możliwość rzeczywistego świadczenia tej usługi;

c) art. 217 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez bezpodstawne oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu instrumentów finansowych specjalizującego się w międzynarodowych inwestycjach, w szczególności rosyjskich rynkach akcji na okoliczności wskazane w pozwie, w szczególności celem ustalenia, czy taki instrument był odpowiedni dla powoda, co ma istotne znaczenie dla stwierdzenia bezprawnego działania pozwanego przejawiającego się w oferowaniu konsumentom instrumentów finansowych obciążonych zbyt wysokim ryzykiem;

d) art. 217 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez bezpodstawne oddalenie wniosków dowodowych powoda w postaci przesłuchania w charakterze świadków pracowników pozwanego oferujących sporne instrumenty finansowe oraz zobowiązania pozwanego do przedłożenia dokumentów lub informacji i zaniechanie ustalenia przebiegu spotkania sprzedażowego oraz przekazanych powodowi materiałów (o znaczeniu tej okoliczności była już mowa wyżej);

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

a) obrazę art. 471 w zw. z art. 361 § 1 k.c. polegającą na błędnej wykładni i bezpodstawnym uznaniu, że:

(i) nie ziszcili się przesłanki odpowiedzialności kontraktowej pozwanego wobec powoda z tytułu sprzedaży powodowi instrumentów finansowych, które były:

- nieodpowiednie dla powoda;
- obciążone zbyt wysokim ryzykiem, przy tym rażąco nierównomiernie rozłożonym między stronami;
- niezgodne z zakomunikowanymi pozwanemu oczekiwaniami powoda co do gwarancji kapitału;

(ii) zaoferowanie powodowi instrumentów finansowych nie stanowiło naruszenia obowiązku wykonywania umowy w najlepiej pojętym interesie klienta i w efekcie naruszenia przez pozwanego umowy:

- doradztwa inwestycyjnego lub private banking, bądź
- umowy o świadczenie usług przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub odkupienia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania;

b) obrazę art. 76 Ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (w brzmieniu z daty składania zapisu na sporne instrumenty finansowe), polegającą na błędnej wykładni tego przepisu i bezpodstawnym uznaniu, że działania pozwanego nie stanowiły doradztwa inwestycyjnego świadczonego na rzecz powoda;

c) obrazę art. 84 k.c. poprzez niewłaściwą wykładnię i uznanie, że zatajenie braku pełnej gwarancji kapitału produktu inwestycyjnego nie stanowi błędu co do treści czynności prawnej w postaci nabycia tego produktu inwestycyjnego.

W oparciu o tak skonstruowane zarzuty skarżący powód wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu, z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego,

2. na wypadek nieuwzględnienia wniosku z pkt. 1, wniósł o ponowne rozpoznanie postanowień dowodowych Sądu Okręgowego oddalających wnioski dowodowe powoda;

3. zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o oddalenie apelacji powoda i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest uzasadniona.

Charakter postępowania apelacyjnego wskazuje na powinność sądu drugiej instancji przeprowadzenia nie tylko kontroli zaskarżonego orzeczenia, lecz rozpoznania sprawy merytorycznie, a zatem dokonania samoistnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego. W uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 roku (III CZP 49/07, OSNC z 2008 roku, Nr 6, poz. 55), mającej moc zasady prawnej, określony został zakres rozpoznania sprawy przez sąd drugiej instancji na skutek apelacji. Sąd Najwyższy wiążąco stwierdził, że sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę merytorycznie w granicach zaskarżenia, dokonuje własnych ustaleń faktycznych, prowadząc lub ponawiając dowody albo poprzestając na materiale zebrany w pierwszej instancji, ustala podstawę prawną orzeczenia, niezależnie od zarzutów podniesionych w apelacji, będąc ewentualnie związany oceną prawną i wskazówkami zawartymi w uzasadnieniu wyroku kasatoryjnego, stosuje przepisy regulujące postępowanie apelacyjne oraz, gdy brak takich przepisów, przepisy dotyczące postępowania przed sądem pierwszej instancji, kontroluje prawidłowość postępowania przed sądem pierwszej instancji, pozostając związany zarzutami przedstawionymi w apelacji, jeżeli są dopuszczalne, orzeka co do istoty sprawy stosownie do wniosku zawartego w apelacji.

Powyższe oznacza, że w rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny był zobowiązany do wzięcia pod uwagę całego materiału dowodowego zgromadzonego przez Sąd pierwszej instancji, a dokonana w ramach tego ocena dowodów jest zbieżna z tą zaprezentowaną w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd pierwszej instancji i przyjmuje je za własne jako mające odzwierciedlenie w materiale dowodowym sprawy uznając, że należy je jednak uzupełnić z uwagi na zasadność zarzutu naruszenia prawa procesowego podniesionego w apelacji w zakresie, w jakim skarżący zarzuca dokonanie przez Sąd Okręgowy błędnej oceny materiału dowodowego, która doprowadziła ten Sąd do konkluzji o nieistnieniu pomiędzy stronami umowy o doradztwo inwestycyjne, w ramach której doszło do zaoferowania powodowi pośrednictwa w nabyciu spornych certyfikatów. Nie można bowiem zaaprobować oceny Sądu pierwszej instancji co do tego, iż z materiału dowodowego sprawy wynika, że stosunki stron w zakresie inwestycji realizowanych przez powoda z udziałem pozwanego banku regulowała w całości umowa o świadczenie usług przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub odkupienia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania przez (...) Bank (...) s.a. z dnia 27 maja 2010 roku i że to w ramach wykonania tejże umowy powodowi zostały przedstawione dwie propozycje inwestycji, z których powód wybrał inwestycję w certyfikaty (...). W tej mierze Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z zapisami wskazanej umowy pozwany zobowiązał się do przyjmowania zleceń i dyspozycji określonych w regulacjach funduszu, w szczególności dotyczących: nabycia, odkupienia i konwersji tytułów uczestnictwa, A. O. zobowiązał się zaś do składania zleceń lub dyspozycji, zapoznania się z regulacjami funduszu, w szczególności z opisem ryzyka w zakresie uczestnictwa w danym funduszu. Analiza zapisów umowy doprowadziła Sąd Okręgowy do błędnego przekonania, że po stronie banku nie istniały obowiązki o charakterze doradczym, opiniującym poszczególne możliwe inwestycje. Sąd ten uznał nieprawidłowo, że strony umówiły się w ten sposób, że bank przekazuje informacje o inwestycjach, zaś powód był zobowiązany do oceny ryzyka, potencjalnych korzyści oraz ewentualnych strat.

Dlatego należało dodatkowo ustalić, że pomiędzy powodem a pozwanym doszło do zawarcia w formie ustnej umowy o doradztwo inwestycyjne i to w ramach tej umowy pracownik banku zarekomendował i zaoferował powodowi pośrednictwo w nabyciu papierów wartościowych - certyfikatów (...) o najwyższej piątej klasie ryzyka. Powyższych ustaleń należało dokonać na podstawie uznanego za wiarygodny dowodu z przesłuchania powoda, który szczegółowo opisał przebieg spotkania, w trakcie którego pracownik banku po tym, jak zaproszono powoda do przybycia do placówki bankowej z uwagi na upływ okresu lokaty bankowej, przedstawił powodowi ofertę nabycia papierów

wartościowych bez przeprowadzenia badania aktualnej wiedzy i doświadczenia powoda w nabywaniu tego rodzaju instrumentów finansowych zapewniając A. O. o tym, że papiery te posiadają pełną gwarancję ochrony kapitału. Pozwany bank nie udowodnił, aby przebieg spotkania był inny, w szczególności, aby jego pracownicy szczegółowo poinformowali powoda o ryzyku związanym z nabyciem tego rodzaju instrumentu finansowego i mieli prawo uznać, że na takie ryzyko się godzi.

Pozostałe zarzuty naruszenia prawa procesowego nie zyskały aprobaty sądu odwoławczego. Nie było w szczególności podstaw do zobowiązania pozwanego do wskazywania danych i adresów pracowników banku z uwagi na to, że to na składającym wniosek dowodowy powodzie spoczywa obowiązek podania danych świadka tak, aby możliwe było jego wezwanie do sądu. Natomiast dowód z opinii biegłego specjalisty nie miał na celu ustalenia okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy, a tylko takie dowody winny być w sprawie przeprowadzone (por. art. 227 § 1 k.p.c.). Dlatego wnioski dowodowe zawarte w apelacji powoda zostały oddalone na rozprawie apelacyjnej.

Przechodząc do analizy materialnoprawnej zgłoszonego przez powoda roszczenia wskazać należy, że rację ma Sąd Okręgowy co do tego, że materiał dowodowy nie dostarczył dowodu na okoliczność związania stron w kwietniu 2011 roku umową o charakterze private banking, a także co do wystąpienia w sprawie relevantnego prawnie błędu. Ustalenia faktyczne i ich ocena zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w tym zakresie są całkowicie poprawne.

Natomiast nie można podzielić argumentacji Sądu Okręgowego co do tego, że pomiędzy stronami nie doszło do zawarcia umowy o doradztwo inwestycyjne, a zaoferowanie powodowi i pośrednictwo w nabyciu spornych certyfikatów nastąpiło w ramach umowy z 27 maja 2010 roku o świadczenie usług przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania, co już wyżej zasygnalizowano.

Zgodnie z treścią art. 74b ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz. U. z 2010 roku, nr 211, poz. 1384 w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia tej umowy) w umowie o przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych firma inwestycyjna zobowiązuje się do przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych przez: 1) przyjmowanie i przekazywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych do innego podmiotu, w celu ich wykonania, lub 2) kojarzenie dwóch lub więcej podmiotów w celu doprowadzenia do zawarcia transakcji między tymi podmiotami. W myśl ust. 2 cytowanego przepisu umowa, o której mowa w ust. 1, powinna być zawarta w formie pisemnej, a w przypadku umowy zawieranej z klientem detalicznym - w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Umowa z 27 maja 2010 roku dotyczyła zleceń nabycia lub zbycia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania. Zgodnie z legalną definicją zawartą w art. 2 ust. pkt 2a 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi tytuły uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania są instrumentami finansowymi niebędącymi papierami wartościowymi. Zaoferowane powodowi certyfikaty inwestycyjne są natomiast papierami wartościowymi, na co wskazuje wprost treść art. 3 pkt 1a tej ustawy stanowiąc, że ilekroć w ustawie jest mowa o papierach wartościowych - rozumie się przez to m. in. certyfikaty inwestycyjne i inne zbywalne papiery wartościowe, w tym inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z akcji lub z zaciągnięcia długu, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego.

Powyższe oznacza, że zarekomendowanie powodowi nabycia certyfikatów inwestycyjnych, a następnie pośredniczenie w ich nabyciu nie mogło nastąpić i nie nastąpiło w ramach umowy z 27 maja 2010 roku (przyznanie tego faktu w odpowiedzi na apelację). Ocena Sądu pierwszej instancji w tym zakresie jest więc niepoprawna. Należy zatem zastanowić się, czy do pośrednictwa w nabyciu tych certyfikatów doszło w ramach jakiegoś stosunku prawnego, czy też nie, ustalenie bowiem, że doszło do tego w ramach stosunku zobowiązaniowego będzie uprawniało dopiero do dokonania oceny, jakie były w jej ramach obowiązki stron i czy – wobec zarzutów powoda - po stronie banku umowa taka została należycie wykonana. Powód lansował w sporze tezę o tym, że do zaoferowania, zarekomendowania mu nabycia certyfikatów inwestycyjnych doszło w ramach usługi private banking ewentualnie w ramach umowy o jednorazowe doradztwo inwestycyjne. O ile niewykazane zostało istnienie po stronie pozwanego obowiązku świadczenia na rzecz powoda usługi private banking, o tyle za nieprawidłową należy uznać ocenę

Sądu Okręgowego co do tego, że zapis umowy z 27 maja 2010 roku, z którego wynikało, iż bank nie świadczy usługi doradztwa inwestycyjnego, przesądza o niemożliwości przyjęcia, że taka umowa łączyła strony. Z treści tego postanowienia umowy wynika bowiem niezaprzeczalnie, że zapis o wyłączeniu świadczenia przez bank usługi doradztwa inwestycyjnego odnosi się wyłącznie do tej umowy, na co wskazuje sformułowanie „w ramach wykonywania tej umowy” – czyli umowy o przyjmowanie zleceń nabycia lub zbycia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania, a nie papierów wartościowych, jakimi są certyfikaty inwestycyjne – „bank nie świadczy usługi doradztwa inwestycyjnego”. Oznacza to więc, że umowa o świadczenie usług doradztwa inwestycyjnego mogła być zawarta pomiędzy stronami w innym zakresie, w szczególności w zakresie zarekomendowania i zaoferowania powodowi instrumentów finansowych innych niż te, które mogły być przedmiotem umowy z 27 maja 2010 roku.

Zgodnie z treścią art. 76 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz. U. z 2010 roku, nr 211, poz. 1384 w brzmieniu obowiązującym w dacie zaoferowania powodowi pośrednictwa w nabyciu certyfikatów inwestycyjnych) w umowie o doradztwo inwestycyjne firma inwestycyjna zobowiązuje się do przygotowywania w oparciu o potrzeby i sytuację klienta i przekazywania mu pisemnej lub ustnej rekomendacji dotyczącej: 1) kupna, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykonania lub wykupu określonych instrumentów finansowych albo powstrzymania się od zawarcia transakcji dotyczącej tych instrumentów; 2) wykonania lub powstrzymania się od wykonania uprawnień wynikających z określonego instrumentu finansowego do zakupu, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykonania lub wykupu instrumentu finansowego. Jak wynika z powyższej regulacji umowa taka nie wymaga zachowania żadnej formy, mogła zatem zostać zawarta również ustnie, czy poprzez czynności dorozumiane (per facta concludentia). Przedmiotem umowy o doradztwo inwestycyjne może być zarówno incydentalne, jak i długoterminowe oraz systematyczne świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego. Rekomendacje mogą być przekazywane w formie pisemnej lub ustnej (tak T. Sójka w: Komentarzu do art.76 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, system informacji prawnej LEX).

Definicja umowy o doradztwo inwestycyjne zawarta w art. 76 cytowanej ustawy jest wynikiem transpozycji do polskiego porządku prawnego unijnej definicji usługi doradztwa inwestycyjnego sformułowanej w art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy MiFID I oraz art. 52 dyrektywy 2006/73/WE i powinna być interpretowana z uwzględnieniem tych przepisów prawa unijnego. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy MiFID I "doradztwo inwestycyjne oznacza świadczenie na rzecz klienta usług osobistego polecenia, czy to na jego prośbę, czy z inicjatywy przedsiębiorstwa inwestycyjnego w odniesieniu do jednej lub większej liczby transakcji dotyczących instrumentów finansowych". Z kolei art. 52 dyrektywy 2006/73/WE stanowi, że "do celów definicji "doradztwa inwestycyjnego" zawartej w art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2004/39/WE, zalecenie indywidualne oznacza zalecenie skierowane do osoby występującej w charakterze inwestora lub potencjalnego inwestora albo w charakterze przedstawiciela inwestora lub potencjalnego inwestora. Zalecenie to musi być przedstawione jako odpowiednie dla tej osoby lub oparte na analizie jego indywidualnej sytuacji oraz musi skłaniać do podjęcia jednego z następujących kroków: a) zakupu, sprzedaży, subskrypcji, wymiany, wykupu, przechowywania danego instrumentu finansowego bądź subskrypcji czy udzielenia gwarancji na taki instrument; b) skorzystania lub nieskorzystania z praw wynikających z określonego instrumentu finansowego do zakupu, sprzedaży, subskrypcji, wymiany lub wykupu takiego instrumentu. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że „zalecenie nie jest zaleceniem indywidualnym, jeżeli jest wydawane wyłącznie poprzez kanały dystrybucyjne lub przeznaczone dla ogółu społeczeństwa" (tak T. Sójka w: Komentarzu do art.76 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, system informacji prawnej LEX).

Przyjmuje się, że na gruncie art. 76 ustawy w umowie o świadczenie usług doradztwa inwestycyjnego przedmiotem zobowiązania firmy inwestycyjnej jest rekomendacja dotycząca określonego postępowania wobec instrumentów finansowych. Rekomendacją jest opinia (wypowiedź o charakterze ocenym) rekomendującego co do pożądanego sposobu działania jej adresata w odniesieniu do instrumentów finansowych, który - w opinii rekomendującego - jest korzystny dla adresata rekomendacji. Charakterystyczną cechą doradztwa inwestycyjnego na gruncie wskazanego przepisu jest to, że rekomendacja zostaje przygotowana na podstawie potrzeb i sytuacji klienta, a więc jest ona rekomendacją spersonalizowaną. Nie jest przy tym istotne, w jaki sposób autor rekomendacji pozyskuje informacje na temat potrzeb i sytuacji klienta - może odbywać to się w bezpośrednim kontakcie z odbiorcą rekomendacji, ale

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

Bank może prowadzić działalność polegającą na świadczeniu usług doradztwa inwestycyjnego. Zgodnie z treścią art. 69 ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi prowadzenie działalności maklerskiej wymaga zezwolenia Komisji wydanego na wniosek, o którym mowa w art. 82, złożony przez zainteresowany podmiot. W myśl ust. 2 pkt 5 przywołanego przepisu działalność maklerska, z zastrzeżeniem art. 16 ust. 3 i art. 70, obejmuje wykonywanie czynności polegających na doradztwie inwestycyjnym. Stosownie do treści art. 70 ust. 2 tej ustawy bank z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może, bez zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej, wykonywać czynności określone w art. 69 ust. 2 pkt 1-6 - o ile przedmiotem tych czynności są papiery wartościowe, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 2. Nawet jednak, gdyby bank nie mógł prowadzić tego rodzaju działalności, to podejmując się doradztwa inwestycyjnego względem klienta, nie rzutowałoby to negatywnie dla oceny skuteczności i ważności tego rodzaju umowy, przeciwnie wskazywałoby to w jeszcze większym stopniu na nieprawidłowość działania banku.

Zgodnie z treścią § 15 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 listopada 2009 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych w brzmieniu obowiązującym w dacie zlecenia przez powoda nabycia certyfikatów inwestycyjnych (Dz. U. nr 204, poz. 1577) przed zawarciem umowy o świadczenie usług maklerskich, z zastrzeżeniem § 16 i 20, firma inwestycyjna zwraca się do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie podstawowych informacji dotyczących poziomu wiedzy o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych oraz doświadczenia inwestycyjnego, niezbędnych do dokonania oceny, czy instrument finansowy będący przedmiotem oferowanej usługi maklerskiej lub usługa maklerska, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, są odpowiednie dla danego klienta, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację. W myśl ust. 2 cytowanego przepisu informacje, o których mowa w ust. 1, dotyczą: rodzajów usług maklerskich, transakcji i instrumentów finansowych, które są znane klientowi; charakteru, wielkości i częstotliwości transakcji instrumentami finansowymi dokonywanych przez klienta oraz okresu, w którym były dokonywane; poziomu wykształcenia, wykonywanego obecnie zawodu lub wykonywanego poprzednio, jeśli jest to istotne dla dokonania oceny.

§ 16 ust. 1 tego rozporządzenia stanowi, że przed zawarciem umowy o doradztwo inwestycyjne firma inwestycyjna, którą jest również bank, zobowiązana jest zwrócić się do klienta albo potencjalnego klienta o przedstawienie podstawowych informacji dotyczących jego poziomu wiedzy o inwestowaniu, doświadczenia inwestycyjnego, sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych, aby móc dokonać oceny, czy usługa doradztwa inwestycyjnego jest odpowiednia dla niego. Oprócz tego firma inwestycyjna świadcząca usługę doradztwa inwestycyjnego zobowiązana jest zwrócić się do klienta o przedstawienie informacji niezbędnych dla ustalenia, że określona transakcja zawierana w toku świadczenia usługi: realizuje cele inwestycyjne danego klienta, nie jest związana z ryzykiem, którego poziom przekraczałby możliwości inwestycyjne klienta, oraz ma charakter pozwalający na jej zrozumienie i dokonanie oceny ryzyka z nią związanego przez danego klienta (§ 16 ust. 2). Firma inwestycyjna nie może świadczyć usługi doradztwa inwestycyjnego, jeśli nie uzyska informacji dotyczących wiedzy i doświadczenia klienta lub potencjalnego klienta w dziedzinie inwestycji odpowiedniej do tej usługi, jego sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych (§ 16 ust. 5). § 17 rozporządzenia stanowi, że w celu wykonania obowiązków, o których mowa w § 15 ust. 1 lub § 16 ust. 1,

firma inwestycyjna jest uprawniona do wykorzystania informacji dotyczących klienta lub potencjalnego klienta, które pozostają w jej posiadaniu, o ile informacje te są aktualne. W takim przypadku nie stosuje się przepisów § 15 ust. 1 lub § 16 ust. 1 w zakresie obowiązku zwrócenia się przez firmę inwestycyjną do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie informacji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy należy uznać, że pozwany bank zarekomendował powodowi w ramach usługi doradztwa inwestycyjnego instrument finansowy najwyższego ryzyka – papiery wartościowe: certyfikaty inwestycyjne. Zaniechał przy tym wykonania obowiązków płynących z treści ostatnio przywołanych §§ 15 i 16 rozporządzenia. Co prawda pozwany dysponował profilem inwestycyjnym powoda sporządzonym na potrzeby zawarcia umowy z 27 maja 2010 roku, z którego wynika m. in. skłonność powoda do podjęcia ryzyka wynoszącego 10-30% utraty kapitału, a także świadomość istnienia certyfikatów inwestycyjnych i stopni ryzyka obowiązujących w pozwanym banku, jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego informacje płynące z treści tego dokumentu nie mogą zostać uznane za „aktualne” w rozumieniu § 17 rozporządzenia z 20 listopada 2009 r. zwłaszcza w sytuacji, gdy z niekwestionowanych depozycji powoda, a także zeznań świadka L. O. wynika, że w rozmowie z pracownikiem powód jednoznacznie wyrażał swoje oczekiwanie co do instrumentu finansowego, który ewentualnie zamierzał nabyć, aby posiadał on pełną gwarancję ochrony kapitału. Jego oczekiwania zatem uległy zmianie w porównaniu z tym, co wynika z przeprowadzonej prawie rok wcześniej ankiety. Pozwany bank nie mógł zatem polegać na danych z niej płynących.

W ocenie Sąd Apelacyjny pozwany nie wykazał (art. 6 k.c.), aby instrumenty finansowe, które zarekomendowano powodowi do nabycia, były rozpowszechniane poprzez ogólnodostępne kanały dystrybucji. Przeciwnie fakt, iż zarekomendowano je w indywidualnej rozmowie pracownika banku z powodem zaproszonym do placówki bankowej po tym, jak zakończyła się umowa lokaty terminowej, wskazuje na to, iż tego rodzaju produkty oferowane były wybranym klientom banku. Oznacza to, że doszło w okolicznościach sprawy do zawarcia jednorazowej umowy o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego. Implikowało to – przed zaoferowaniem mu najbardziej ryzykownych certyfikatów inwestycyjnych – konieczność uzyskania od powoda podstawowych informacji dotyczących jego poziomu wiedzy o inwestowaniu, doświadczenia inwestycyjnego, sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych, aby móc dokonać oceny, czy usługa doradztwa inwestycyjnego jest odpowiednia dla niego. Pracownik banku uzyskał w toku rozmowy od powoda i jego żony informacje, które powinny skłonić go do uznania, że jego preferencje w stosunku do tych wynikających z profilu inwestycyjnego z 2010 roku uległy zmianie i w konsekwencji nie ma podstaw aktualnie do zaoferowania mu certyfikatów (...). Według zeznań powoda i jego żony tego rodzaju inwestycja była związana z ryzykiem, którego powód nie chciał wówczas ponieść, gdyż interesowało go jedynie inwestowanie w instrumenty finansowe posiadające pełną gwarancję ochrony kapitału. Tego warunku zaoferowany mu produkt nie spełniał. Należy zatem uznać, że pozwany bank nienależycie wykonał obowiązki umowy o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego nałożone na niego poprzez wskazane powyżej przepisy rozporządzenia. Dla takiej oceny istotnego znaczenia nie ma to, że powód otrzymał materiały reklamowe dotyczące oferowanego instrumentu finansowego, ponieważ należy podkreślić, że pozwany po uzyskaniu od powoda informacji dotyczących jego poziomu wiedzy o inwestowaniu, doświadczenia inwestycyjnego, sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych, a zatem dowiedzeniu się, że nie chce on aktualnie ryzykować kapitału, w ogóle nie powinien zarekomendować powodowi nabycia tego rodzaju papierów wartościowych. To samo dotyczy posiadanej przez bank informacji o tym, że powód wcześniej nabywał instrumenty finansowe wysokiego ryzyka. Jeśliby nawet powód wyraził wolę ich nabycia, to wobec złożenia pracownikowi banku oświadczenia, że aktualnie nie zamierza nabywać instrumentów nie posiadających gwarancji pełnej ochrony kapitału, w świetle treści art. 76 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (w art. 9 rozporządzenia 2017/565) obowiązkiem pracownika banku było zarekomendowanie mu nieskorzystania z tego rodzaju oferty. Na tym polega nienależycie wykonanie przez bank zawartej z powodem w sposób dorozumiany umowy o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego.

Zgodnie z treścią art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W myśl przepisu art. 472 k.c., jeżeli ze szczególnego

przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Stosownie do treści art. 355 § 2 k.c. należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego normalnym następstwem nienależytego wykonania tej usługi (która, gdyby była wykonana należycie, polegałaby na rekomendacji nieskorzystania z oferty nabycia certyfikatów) było zlecenie przez powoda nabycia w jego imieniu certyfikatów (...), które z uwagi na wysoki stopień ryzyka doprowadziły do powstania po jego stronie szkody stanowiącej różnicę pomiędzy ceną nabycia certyfikatów, a kwota przekazaną powodowi przez pozwanego po zakończeniu inwestycji. Gdyby nie zawarcie umowy, której zawarcia powinien powodowi odradzić pozwany, A. O. nie straciłby dochodzonej pozewm kwoty. Zawarcie umowy doradztwa inwestycyjnego, jej nienależyte wykonanie oraz związek przyczynowy w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. pomiędzy nienależytym wykonaniem umowy a szkodą powoda został przez A. O. w sporze wykazany. Pozwany nie udowodnił zaś żadnych okoliczności, które mogłyby doprowadzić do zwolnienia go z tej odpowiedzialności. Powoływanie się na to, że powód miał świadomość ryzyka związanego z nabyciem certyfikatów, gdyż otrzymał materiały reklamowe i oświadczył, że zapoznał się z prospektem emisyjnym, tudzież wcześniej nabywał podobne instrumenty finansowe o tyle jest nieprzekonujące, że wobec upływu prawie roku od sporządzenia profilu inwestycyjnego powoda oraz uzyskania od niego informacji o tym, że chciałby inwestować jedynie w takie instrumenty, które posiadają gwarancję pełnej ochrony kapitału, pozwany nie powinien był zaoferować mu certyfikatów inwestycyjnych (...) i wydać negatywną rekomendację co do ich nabycia. Nie czyniąc tego, spowodował szkodę w majątku powoda.

Powództwo podlegało zatem uwzględnieniu w całości pociągając za sobą konieczność zmiany zaskarżonego wyroku na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. Odsetki od należności głównej zostały zasądzone zgodnie z żądaniem, ponieważ pozwany popadł w opóźnienie nie płacąc należności w terminie wskazanym w wezwaniu przedprocesowym (art. 481 § 1 i 2 k.c. z uwzględnieniem zmiany prawa w tym zakresie z dniem 1 stycznia 2016 roku). Zmiana wyroku skutkuje również zmianą rozstrzygnięcia o kosztach. W pierwszej instancji powód poniósł następujące koszty procesu: opłatę sądową od pozwu w kwocie 4 178 zł oraz wynagrodzenie jego fachowego pełnomocnika policzone w urzędowej stawce minimalnej w kwocie 5 400 zł oraz opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł. Łącznie daje to sumę 9 595 zł, którą należało zasądzić od pozwanego na podstawie art. 98 § 1 i 3, 108 § 1 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego postanowiono na podstawie art. 98 § 1 i 3, 108 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Na zasądzone od pozwanego na rzecz powoda koszty składa się opata od apelacji w kwocie 4 178 zł oraz wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika powoda ustalone w urzędowej stawce minimalnej w kwocie 4 050 zł. Łącznie daje to 8 228 zł.

Elżbieta Wiatrzyk - Wojciechowska Alicja Fronczyk Marta Szerel