

Sygn. akt I C 807/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 września 2021 r.

Sąd Okręgowy w Kielcach I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSO Katarzyna Latała
Protokolant:	sekretarz sądowy Sylwia Stępień

po rozpoznaniu w dniu 24 sierpnia 2021 r. w Kielcach

na rozprawie

sprawy z powództwa M. N. (1)

przeciwko (...) Bank S.A. w W.

o zapłatę

I. zasądza od (...) Banku S.A. w W. na rzecz M. N. (1) kwotę 204 281,93 zł (dwieście cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt jeden złotych dziewięćdziesiąt trzy grosze) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 31 sierpnia 2019 r. do dnia zapłaty;

II. zasądza od (...) Banku S.A. w W. na rzecz M. N. (1) kwotę 11 917 zł (jedenaście tysięcy dziewięćset siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu.

SSO Katarzyna Latała

Sygn. akt I C 807/20

UZASADNIENIE

W pozwie wniesionym w dniu 26 marca 2021 r. (koperta) M. N. (1) wniósł o zasądzenie na jego rzecz od (...) Banku S.A. w W. kwoty 204 281,93 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 31 sierpnia 2019 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu. W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że jest klientem pozwanego banku od 27 grudnia 2010 r., kiedy to zawarł, przy współdziałaniu A. S., wraz z żoną A. N. umowę rachunku bankowego, z uwagi na to, że zaczynali oni pracę poza granicami Polski i na rachunek ten trafiały środki zarabiane przez niego i jego żonę, gromadzone tam były także oszczędności, które docelowo miały zostać przeznaczone na nabycie nieruchomości do zamieszkania. Powód wskazał, że z uwagi na założony cel gromadzonych środków, związany z powrotem do Polski i budowa domu, wybierał on wraz z żoną bezpieczne transakcje uniemożliwiające jakąkolwiek stratę kapitału, a ich doradcą finansowym była pracownik banku (...). Powód wskazał, że od 2011 do 2016 r. zgromadzone przez niego środki były umieszczane na lokatach terminowych lub w produktach zapewniających bezpieczeństwo kapitału, tj. gwarantujących jego zwrot w pełnej wysokości, nie miał on specjalistycznej wiedzy z zakresu finansów i prezentował konserwatywne podejście do wszelkiego rodzaju inwestycji, kluczową dla niego kwestią było zawsze minimalizowanie

jakiegokolwiek ryzyka, bezpieczeństwo kapitału i pewność zysku, o czym wielokrotnie wraz z żoną informowali A. S., z którą mieli dobry kontakt i która na spotkaniach budowała atmosferę zaufania, w związku z czym wraz z żoną darzyli ją dużym zaufaniem i cenili jako bardzo dobrego doradcę klienta. Powód podniósł, że w lutym 2016 r. A. S. skontaktowała się z nim z uwagi na upływ terminu lokaty, celem umówienia spotkania oraz przedstawienia propozycji nowej korzystnej inwestycji, do spotkania doszło w dniu 24 lutego 2016 r., było to jedyne spotkanie w zakresie lokowania środków w Certyfikaty i ostatni dzień na przyjęcie propozycji nabycia, stąd też A. S. wskazywała, że trzeba szybko podjąć decyzję, bo inaczej nie będzie skorzystać z tej korzystnej możliwości. Powód wskazał, że wraz z żoną poinformowali A. S., iż mają zawarte kontrakty do maja 2016 r., po tej dacie utracą pracę i nie chcą inwestować zgromadzonych pieniędzy długoterminowo, a zwłaszcza ryzykownie, gdyż może się okazać, że będzie konieczny powrót do Polski lub skorzystanie z oszczędności, poinformowali też A. S., że w perspektywie roku planują nabyć nieruchomości do zamieszkania, stąd długotrwała utrata możliwości dysponowania środkami nie wchodzi w grę. Powód podniósł, że był zainteresowany zawarciem kolejnej umowy o lokatę, wówczas A. S. przystąpiła do dystrybucji produktu stanowiącego tytuły uczestnictwa w Funduszu L. Polskie, stwierdziła, że ma dla niego bardzo dobrą ofertę, przeznaczoną tylko dla zamożnych klientów banku i zgodnie z jej zapewnieniami dokonując łączonej inwestycji w bezpieczne, gwarantujące ochronę kapitału produkty, mógł on liczyć na wysokie oprocentowanie na lokacie, wiązało się to z lokowaniem środków w dwóch produktach równocześnie, jego wątpliwości były rozwiewane przez A. S., która stwierdziła, że ta inwestycja jest przeznaczona tylko i wyłącznie dla osób zamożnych, a inwestorzy, którzy nabyli certyfikaty, już zarabiają, wskazywała, że inwestycja jest całkowicie bezpieczna i nie grozi mu utrata jakiegokolwiek części zainwestowanego kapitału, odwoływała się w tym zakresie do Karty Funduszu, w której wskazano na udzielaną gwarancję ochrony kapitału, a na uwagi o zbyt długim terminie inwestycji odpowiedziała, że istnieje możliwość wcześniejszej rezygnacji (przed upływem dwóch lat), co wymaga jednak złożenia stosownego wniosku. Powód wskazał, że warunkiem inwestycji było rozdzielenie jej na dwa elementy – jeden to lokata, na którą miała zostać przeznaczona połowa środków, natomiast drugi to właśnie nabycie Certyfikatów, częściowe przeznaczenie środków na lokatę miało również dawać poczucie możliwości szybszego zakończenia przynajmniej części inwestycji, a także gwarantować wyższe oprocentowanie na lokacie. Powód podniósł, że nie wypełniał żadnych ankiet oraz nie wypełniał elektronicznego formularza informacji o kliencie, formularz wypełniała A. S. w ten sposób, że zadając mu pytania, od razu wprowadzała odpowiedzi, po pierwszym wypełnieniu formularza program komputerowy zweryfikował go jako osobę wykluczającą jakiegokolwiek ryzyko, A. S. powiedziała wówczas, że formularz trzeba „poprawić”, wprowadziła korekty na formularzu, po czym podpisał on umowę – zawarł lokatę terminową wpłacając kwotę 219 000 zł, otrzymał od banku propozycję nabycia certyfikatów inwestycyjnych oraz – w odpowiedzi na otrzymaną propozycję – dokonał zapisu na certyfikaty inwestycyjne serii A13 Funduszu (...) L. Polskie Fundusz Inwestycyjny Zamknięty Aktywów Niepublicznych, wpłacając kwotę 204 281,93 zł, przy czym lokata, z uwagi na połączenie jej z inwestycją w certyfikaty, była przeszło dwukrotnie lepiej oprocentowana, niż przy standardowych warunkach. Powód wskazał, że w 2017 r. zaktualizował w banku swoje dane do kontaktu, jednakże dopiero we wrześniu 2017 r. udało mu się skontaktować telefonicznie z A. S., od której uzyskał informację, że sytuacja inwestycji jest beznadziejna, inwestorzy wycofują się już od marca 2017 r., w związku z czym w dniu 27 września 2017 r. złożył polecenie wypłaty środków, jednak okazało się ono nieskuteczne.

W zakresie podstawy swoich roszczeń powód wskazał, że odpowiedzialność pozwanego banku wynika z szeregu podstaw prawnych, których zakresy krzyżują się (nie wykluczają się), wskazując na:

1. obowiązki banku jako dystrybutora certyfikatów inwestycyjnych serii A13 Funduszu (...) L. Polskie:

1.1. w lutym 2016 r., kiedy doszło do procesu dystrybucji certyfikatów, obowiązywały: dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych, zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG ((...)) oraz akty wykonawcze do niej, ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (u.o.i.f.) oraz akty wykonawcze do niej, w szczególności rozporządzenie wydane na podstawie art. 94 ust. 1 pkt. 1 ustawy w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o

których mowa w art. 70 ust. 2 oraz banków powierniczych oraz ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym;

1.2. regulacje (...) – powód podniósł, że bank nie odebrał od niego rzetelnej ankiety adekwatności produktu, co więcej, mimo że badanie profilu inwestycyjnego klienta z dnia 22 lutego 2016 r. wykluczyło możliwość dokonania inwestycji, to A. S. dokonała takich modyfikacji, które umożliwiły zawarcie transakcji, zgodnie zaś z art. 19 ust. 1 (...), Państwa Członkowskie wymagają, by przedsiębiorstwo inwestycyjne działało uczciwie, sprawiedliwie i profesjonalnie, zgodnie z najlepiej pojętymi interesami klientów oraz wypełniając w szczególności zasady określone w ust. 2 – 8 art. 19, a zatem bank przed rozpoczęciem procesu dystrybucji certyfikatów, powinien był udzielić mu informacji odpowiadających standardom przewidzianym w (...) oraz w aktach prawnych implementujących tę dyrektywę do krajowego porządku prawnego, bank zaś nie uczynił zadość tym obowiązkom, co pozwala stwierdzić, że dopuścił się czynu sprzecznego z prawem, rodzącego odpowiedzialność banku nie tylko na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, ale także i odpowiedzialności deliktowej;

1.3. obowiązki wynikające z ustawy o obrocie instrumentami finansowymi – powód wskazał, że certyfikaty inwestycyjne to instrumenty finansowe będące papierami wartościowymi, umowa z dnia 24 lutego 2016 r. posługiwała się zaś ogólnym pojęciem tytułu uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania, nie konkretyzowała transakcji, nie odnosiła się do sprecyzowanego instrumentu finansowego, w tym papieru wartościowego, a zatem umowa ta i zawarty w niej formularz nie dotyczyły certyfikatów nabywanych przez powoda. Powód wskazał, że A. Bank wykonując czynności związane z dystrybucją certyfikatów inwestycyjnych, zobowiązany był respektować postanowienia ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, w tym także aktu wykonawczego wydanego na jej podstawie

2. wadliwy proces dystrybucji certyfikatów inwestycyjnych, nierzetelne i niezgodne z prawdą informacje przekazywane przez bank – powód podniósł, że bank powinien brać pod uwagę najlepiej pojęty interes klienta, a brak respektowania tej zasady doprowadził do powstania uszczerbku w jego majątku, zaś zachowanie A. S. jako podmiotu działającego po stronie banku, prezentującego ofertę nabycia certyfikatów inwestycyjnych i namawiającego do inwestycji, podając fałszywe okoliczności, należy kwalifikować jako rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji, które spowodowało podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, albowiem zawsze lokował on swoje środki w bezpieczne inwestycje, gwarantujące pełną ochronę kapitału;

3. nieuczciwe praktyki rynkowe – wskazując na treść przepisów art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 u.p.n.p.r. powód podniósł, że sposób zaprezentowania mu produktu, zapewnienie o bezpieczeństwie transakcji, odwołanie się do rzekomego korzystania z produktu przez pracowników banku, w tym dyrektora oddziału, wskazanie możliwości wyższego zysku i braku ryzyka, uzależnienie od przyjęcia propozycji nabycia certyfikatów wyższego oprocentowania w ramach odrębnie zawieranej lokaty terminowej a także wykorzystanie renomy banku jako instytucji zaufania publicznego umożliwia skonstruowanie żądania wywodzonego z art. 12 ust. 1 pkt. 4 u.p.n.p.r. zwrotu uiszczonych, a niewypłaconych dotychczas i niemożliwych do odzyskania środków. Powód podniósł, że gdyby bank w należyty sposób przedstawił ryzyko, jakie może wiązać się z nabyciem certyfikatów, nigdy nie zdecydowałby się on na ich nabycie, w wyniku zachowania pozwanego zostało zatem naruszone jego prawo do podjęcia świadomej decyzji – bank zataił znane sobie informacje odnoszące się do oferowanego produktu, co stanowiło zaniechanie wprowadzające w błąd w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.p.n.p.r., po drugie zaś przekazywane informacje nie tyle stanowiły o możliwym ryzyku wynikającym z produktu, co raczej zapewnienia o bezpieczeństwie i korzystności produktu, takie postępowanie należy ocenić jako podawanie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzić w błąd, co stanowi działanie wprowadzające w błąd w rozumieniu art. 5 ust. 1 u.p.n.p.r.;

4. misselling – powód wskazał, że jako konsumentowi zaproponowano mu nabycie usług finansowych, które nie odpowiadały potrzebom ustalonym z uwzględnieniem dostępnych informacji w zakresie cech tych konsumentów, dystrybucja następowała w sposób nieadekwatny do ich charakteru (art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) – pomimo tego, że jednoznacznie wyrażał on swoje oczekiwania względem produktu, bank udzielił mu rekomendacji nabycia instrumentu finansowego o wysokiej klasie ryzyka, zapewniając o jego bezpieczeństwie,

bank nie dostosował oferowanego produktu do jego poziomu wiedzy o inwestowaniu, doświadczenia inwestycyjnego, sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych, nie został on właściwie poinformowany o poziomie ryzyka inwestycji, a także nie otrzymał kompletnych, rzetelnych i przejrzystych informacji na temat działania zaoferowanego instrumentu finansowego oraz jego funkcjonowania na rynku, w konsekwencji został pozbawiony możliwości oceny efektywności danej inwestycji, jak i podjęcia świadomej decyzji, uznać zatem należy, że został świadomie wprowadzony w błąd przez bank, którego celem było jedynie zwiększenie swoich obrotów;

5. **czyn niedozwolony** – powód wskazał, że sprzeczność z prawem w zakresie zachowań pozwanego przejawia się w braku respektowania postanowień (...), a także przepisów implementujących normy europejskie do krajowego porządku prawnego w zakresie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz rozporządzenia wydanego na podstawie art. 94 ust. 1 pkt. 1 u.o.i.f. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2, oraz banków powierniczych, zdarzeniem wywołującym szkodę pozostaje proces dystrybucji wadliwego produktu inwestycyjnego, który doprowadził do zawarcia umowy z bankiem, a następnie nabycia certyfikatów;

6. **nienależyte wykonanie umowy o doradztwo inwestycyjne** – powód wskazał, że A. Bank realizował na jego rzecz umowy o świadczenie doradztwa inwestycyjnego – w celu skutecznego zawarcia umowy o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego nie trzeba było zachować ani formy pisemnej, ani innej szczególnej formy, wystarczające w tym zakresie okazały się zachowania A. S. jako podmiotu działającego ze strony banku oraz powoda, któremu A. S. proponowała i rekomendowała określone rozwiązania inwestycyjne, w toku wieloletniej relacji nawiązanej pomiędzy powodem a bankiem przedstawiano propozycje lokowania zgromadzonych środków, udzielano rekomendacji, namawiano do skorzystania z ofert przedstawionych przez A. Bank, zapewniano o trafności podejmowanych decyzji, informowano o braku strat związanych z rezygnacją z innych produktów, z przedstawionych okoliczności wynika zatem, że strony zawarły w sposób dorozumiany umowę doradztwa inwestycyjnego, która została wykonana nienależycie przez bank, albowiem bank podając nierzetelne, niezgodne z prawdą dane, naruszył obowiązek dbania o interesy swojego klienta i działania w jego jak najlepszym interesie, co doprowadziło do powstania szkody w majątku powoda. Powód wskazał, że pracownik banku przedstawił mu ofertę nabycia papierów wartościowych w postaci certyfikatów inwestycyjnych bez przeprowadzenia badania jego aktualnej wiedzy i doświadczenia w nabywaniu tego rodzaju instrumentów finansowych, jednocześnie zapewniono go o tym, że oferowane mu papiery wartościowe posiadają pełną gwarancję ochrony kapitału, doszło do przedstawienia mu produktu wprost sprzecznego z jego oczekiwaniami. Powód podniósł, że na banku spoczywał szereg obowiązków informacyjnych, których bank powinien dopełnić przed zaoferowaniem mu certyfikatów, w celu dokonania prawidłowej oceny adekwatności oferowanego produktu do poziomu wiedzy i doświadczenia inwestycyjnego klienta, nie zostało mu również przedstawione znaczne ryzyko związane z inwestycją w certyfikaty, a o wykonaniu obowiązków informacyjnych banku nie świadczy fakt zaakceptowania przez niego treści Statutu czy Warunków Emisji, gdyż nie ma to znaczenia w kontekście rzeczywistych informacji, jakie zostały mu przekazane;

7. **nienależyte wykonanie zobowiązania w ramach umowy private banking** – powód wskazał, że był objęty przedmiotową usługą, albowiem od 2011 r. jego doradca finansowym zostawała A. S., która była z nim w stałym kontakcie, zajmowała stanowiska (...) czy „Starszego Doradcy ds. Kluczowych Klientów”, na pozwanym ciążyły więc obowiązki doradcze oraz konieczność przedstawienia prawdziwych, rzetelnych rekomendacji, w tym konieczność przedstawienia wszystkich aspektów produktu, także negatywnych, a zatem udzielenie mu nierzetelnych i nieprawdziwych informacji należy zakwalifikować jako nienależyte wykonanie usługi private banking, co skutkuje odpowiedzialnością kontraktową pozwanego;

8. **nieważność zapisu na certyfikaty** – sposób dystrybucji certyfikatów przez pozwanego bank, Fundusz i (...) oceniany w kontekście art. 58 § 2 k.c. oznacza nieważność czynności zapisu na certyfikaty jako sprzecznej z zasadami współżycia społecznego, gdyż proces dystrybucji produktu należy oceniać jako naruszający zasady uczciwości, lojalności kupieckiej, wykorzystujący przewagę informacyjną banku względem konsumenta, a odpowiedzialność banku oraz pozostałych podmiotów dystrybuujących certyfikaty powstaje z uwagi na wspólne działanie i wspólne

osiągnięcie korzyści kosztem powoda – z uwagi na charakter relacji istniejącej pomiędzy pozwanym, Funduszem oraz (...) S.A. należy uznać, że są one odpowiedzialne solidarnie.

Odnośnie szkody powód podkreślił, że szkoda ta w jego majątku już zaistniała, jako że nie może on dysponować środkami pieniężnymi, które uiszczył w związku z przyjęciem propozycji nabycia i koniecznością opłacenia nabywanych certyfikatów, tj. kwotą 204 281,93 zł, utracił tę kwotę w związku z nabyciem certyfikatów, które stały się bezwartościowe – pomimo złożenia żądania wykupu nie zostały mu zwrócone, zgodnie ze złożoną przez bank gwarancją kapitału, w konsekwencji w żadnym zakresie nie można w tym wypadku mówić o jakiegokolwiek szkodzie przyszłej i zarówno na gruncie odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej między zachowaniem pozwanego, a poniesioną przez niego szkodą, występuje adekwatny związek przyczynowy: w zakresie odpowiedzialności deliktowej należy wskazać, że gdyby bank nie zorganizował procesu dystrybucji, nie skontaktował się z nim oraz nie przekazał mu niezgodnych z prawdą informacji, a także nie zorganizował procesu zapisu na certyfikaty, nie doszłoby do powstania szkody w postaci braku możliwości skorzystania przez niego ze swoich środków i utraty tych środków, natomiast w zakresie odpowiedzialności kontraktowej, pozwany świadczył na jego rzecz usługę doradztwa inwestycyjnego i w ramach tej usługi miał obowiązek przygotować dla niego rekomendację co do nabycia produktu zgodnego z jego oczekiwaniami, a więc gwarantującego mu pełną ochronę kapitału, pozwany jednakże nienależycie wykonał swój obowiązek, gdyż powinien nie tylko nie zachęcać go do nabycia certyfikatów, ale powinien mu to odradzać. Powód wskazał, że usunięcie wyrządzonej szkody może nastąpić przez restytucję naturalną, polegającą na zapłacie utraconych przez niego środków i w tym zakresie na uwagę zasługują: żądanie usunięcia skutków nieuczciwej praktyki rynkowej (art. 12 ust. 1 pkt. 2 u.p.n.p.r.) oraz żądanie naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych, w szczególności żądania unieważnienia umowy z obowiązkiem wzajemnego zwrotu świadczeń oraz zwrotu przez przedsiębiorcę kosztów związanych z nabyciem produktu (art. 12 ust. 1 pkt. 4 u.p.n.p.r. i art. 363 § 1 k.c. w zw. z art. 415 k.c., a także z art. 471 k.c.).

Pozwany (...) Bank S.A. w W. w odpowiedzi na pozew z dnia 22 maja 2020 r. (k. 127 - 159) wniósł o oddalenie powództwa w całości jako bezzasadnego podnosząc, że pracownicy banku należycie wykonali w stosunku do powoda swoje obowiązki w stosunku związane z oferowaniem certyfikatów inwestycyjnych, powód miał świadomość co do ryzyka nabycia certyfikatów inwestycyjnych oraz warunków ich wykupu, a w majątku powoda nie zaistniała szkoda związana z nabyciem certyfikatów. Bank wskazał, że podmioty powiązane z funduszami WI były dopuszczone do obrotu przez Komisję Nadzoru Finansowego, jak również depozytariuszem był inny bank, a zatem zarzuty powód powinien raczej kierować do innych podmiotów, niż pozwany, a powód nie jest w stanie wykazać, że pozwanemu można w jakikolwiek sposób przypisać odpowiedzialność w związku z oferowaniem certyfikatów inwestycyjnych. Nadto bank wskazał, że jego pracownik przekazał powodowi wszelkie informacje dotyczące Funduszu WI L. Polskie opierając się wyłącznie na informacjach zawartych we dokumentach przekazanych bankowi przez (...) W (...), nie ma również znaczenia, iż powód nie wypełniał ankiet własnoręcznie, a były one wypełnione przez pracownika pozwanego, gdyż to powód udzielał odpowiedzi na pytania, a na koniec podpisał całość, pracownik banku informował powoda o tym, że inwestycja wiąże się z ryzykiem poniesienia straty i utraty zainwestowanego kapitału oraz że przedmiotowe instrumenty finansowe mogą charakteryzować się ograniczoną płynnością i że przed podjęciem ostatecznej decyzji inwestycyjnej należy zapoznać się szczegółowo z dokumentami informacyjnymi Funduszy, a w szczególności zwrócić uwagę na warunki wykupu certyfikatów, zdumiewające jest więc lekceważące podejście do oświadczenia podpisanego przez powoda odnośnie ograniczonej płynności certyfikatów i ryzyko inwestowania w nie klientów z krótkim horyzontem inwestycyjnym i nieposiadających doświadczenia inwestycyjnego. Bank zaprzeczył, by zataił przed powodem jakiejkolwiek informacje wskazując, że wszystkie informacje znajdowały się w dokumentach i wystarczyło je przeczytać, aby dowiedzieć się, jakie ryzyko jest związane z inwestycją, powód na formularzu na zapisy na certyfikaty złożył oświadczenie, że znane są mu treść statutu Funduszu oraz warunki emisji. Pozwany wskazał, że bankierzy oferując certyfikaty nie mieli wiedzy o okolicznościach faktycznych dotyczących Funduszu i zarządzającego Funduszem zwiększającymi ryzyko, nieujawnionych w warunkach emisji lub w innych materiałach przekazanych powodowi w związku z nabyciem certyfikatów, aktualnie przez Prokuraturę Regionalną w Ł. prowadzone jest postępowanie dotyczące nieprawidłowości w zarządzaniu Funduszami WI, pozwany nie miał żadnego wpływu na sposób zarządzania Funduszami, a jego pracownicy działali w najlepszym interesie klientów

i gdyby mieli jakiegokolwiek informacje o nieprawidłowościach, to nie sprzedawaliby certyfikatów inwestycyjnych. Wskazując na wypełniony przez powoda dokument pt. Badanie profilu inwestycyjnego klienta pozwany podniósł, że z treści badania wynika, że powód był doświadczonym inwestorem, który od lat inwestował w różne instrumenty finansowe i niewątpliwie miał świadomość ryzyka związanego z inwestycją w certyfikaty inwestycyjne i godził się na nie z uwagi na chęć zysku z inwestycji. Co do kontaktów powoda z A. S. pozwany podniósł, że wymaga od pracowników obsługi klientów na najwyższym poziomie, jednakże jego pracownik nie był w żadnej mierze doradcą inwestycyjnym klienta i przedstawione powodowi informacje nie miały waloru rekomendacji w rozumieniu przepisów ustawy, to powód zdecydował, że nabędzie certyfikaty inwestycyjne, które były sprzedawane za pośrednictwem pozwanego, z uwagi więc na to, że pozwany jedynie pośredniczył w nabywaniu certyfikatów inwestycyjnych, zarzuty dotyczące naruszeń (...) są chybione, nie znajdują również uzasadnienia zarzuty tzw. misselingu, gdyż powód był doświadczonym inwestorem i niewątpliwie miał wiedzę co do ryzyka związanego z inwestycją – pozwany zaprzeczył, że dokonanie zapisu nastąpiło z jego inicjatywy, to powód był zainteresowany szybszym i większym zyskiem i dlatego zgłosił się do banku i zainteresował nabyciem certyfikatów, a skoro szukał bardziej bezpiecznej inwestycji, to mógł nie wychodząc z domu założyć lokatę poprzez system elektroniczny pozwanego. Niezależnie od powyższych argumentów pozwany podniósł, że istotne jest ustalenie, czy poprzez inwestycję w certyfikaty inwestycyjne powód poniósł jakąkolwiek szkodę, ograniczenie możliwości wykupu certyfikatów nie jest jednoznaczne z utratą certyfikatów i utratą zainwestowanych środków pieniężnych, w majątku powoda nadal znajdują się bowiem aktywa – certyfikaty Funduszu WI L. Polskie, w dniu 23 lutego 2018 r. rozpoczęła się likwidacja funduszu, która została przedłużona, na dzień otwarcia likwidacji wartość aktywów netto Funduszu przypadająca na jeden certyfikat inwestycyjny wyniosła 338,35 zł, jak wskazał nadto likwidator Funduszu, ostateczna wartość aktywów netto Funduszu wynikająca z procesu likwidacji, obciążona jest dużym poziomem niepewności i może istotnie różnić się od wskazanych wyników oszacowania wartości aktywów neto. Pozwany wskazał, że nadrzędnym obecnie celem likwidatora jest spieniężenie aktywów Funduszu i zwrot inwestorom zainwestowanych środków, z uwagi zaś na to, że wypłata środków inwestorom odbędzie się z momentem zakończenia procesu likwidacji, niemożliwym jest na chwilę obecną określenie, czy powód poniósł jakąkolwiek szkodę majątkową. Pozwany podniósł również, że po jego stronie nie doszło do jakichkolwiek nieuczciwych praktyk rynkowych, a nawet gdyby Sąd uznał, że praktyki takie miały miejsce, to roszczenia powoda uległy przedawnieniu, gdyż zgodnie z treścią art. 14 u.p.n.p.r. roszczenia z tytułu nieuczciwej praktyki rynkowej, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt. 1 – 3 i 5, ulegają przedawnieniu z upływem lat trzech, a bieg przedawnienia rozpoczyna się oddzielnie co do każdego naruszenia. Do rzeczonych naruszeń mogło dojść najpóźniej 24 lutego 2016 r., tj. w chwili złożenia przez powoda zapisu na certyfikaty inwestycyjne, tym samym roszczenia powoda przedawniły się 24 lutego 2019 r. Zaprzeczając, by dopuścił się nieuczciwych praktyk rynkowych pozwany wskazał, że powód nie udowodnił w żaden sposób, że został wprowadzony przez pozwanego w błąd, pozwany przekazał powodowi wszystkie informacje, które sam posiadał, nadto powód nie jest przeciętnym konsumentem, ale doświadczonym inwestorem, który niewątpliwie był świadom ryzyka związanego z inwestycją. Pozwany zaprzeczył również, by świadczył kiedykolwiek na rzecz powoda usługę private banking, gdyż powód nigdy nie był osobą, dla której tego rodzaju usługa była świadczona, nie zmienia tego fakt, że pozostawał w kontakcie z doradcą klienta i nie zmienia tego fakt zajmowanego przez A. S. stanowiska. Co do związku przyczynowo – skutkowego pozwany wskazał, że za normalne następstwa działania banku można uznać realizację takiego ryzyka, na które inwestor świadomie się nie godził, jednakże w świetle okoliczności niniejszej sprawy uznać należy, że decyzja powoda o zainwestowaniu środków pieniężnych w certyfikaty (...) jako instrumenty wysokiego ryzyka była świadoma, pozwany nie odpowiada za skutki niewłaściwego zarządzania Funduszami lub niewłaściwego nadzoru nad nimi.

Postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2020 r. Sąd Okręgowy stwierdził swą niewłaściwość miejscową i przekazał sprawę do rozważenia Sądowi Okręgowemu w Warszawie. Na skutek zażalenia powoda, Sąd Apelacyjny w Krakowie postanowieniem z dnia 1 lutego 2021 r. zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że uchylił je w całości.

W piśmie procesowym z dnia 29 kwietnia 2021 r. (k. 286 - 297) pozwany bank dodatkowo podniósł, iż powód z jednej strony argumentuje, że zapis na certyfikaty jest nieważny, ale jednocześnie wnosi o zasądzenie odszkodowania na jego rzecz i te twierdzenia powoda się wykluczają, zauważyć również należy, że gdyby Sąd ustalił nieważność umowy (zapisu), to strony musiałyby zwrócić sobie to, co nawzajem świadczyły, jednakże pozwany nie jest stroną umowy

(zapisu), a jedynie pośredniczył przy sprzedaży certyfikatów inwestycyjnych, żądanie unieważnienia umowy powinno być skierowane zatem do emitenta, a nie do pozwanego.

Strony podtrzymały swoje stanowiska w toku dalszego postępowania.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W 2010 r. powód M. N. (1) i jego żona A. N. zdecydowali się wyjechać za granicę (do Irlandii) w celu podjęcia tam pracy zarobkowej umożliwiającej im odłożenie środków na zakup nieruchomości w celu zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych. W związku z tym w dniu 27 grudnia 2010 r. powód otworzył w (...) Banku S.A. w W. Oddziale w K. rachunek oszczędnościowo – rozliczeniowy nr (...) prowadzony w euro, na który wpływały pieniądze zarabiane przez małżonków N.. Przy zakładaniu rachunku walutowego powód pozwał pracownika banku (...), która dokonywała w imieniu banku tej operacji. Z uwagi na fakt, że w 2011 r. małżonkowie N. wrócili z pierwszego kontraktu, mieli do dyspozycji większą kwotę w walucie euro i chcieli dokonać wymiany na złotówki. A. S. poinformowała małżonków o możliwości negocjowania kursu wymiany, poprosiła do powodów dyrektora oddziału a następnie wraz z dyrektorem oddziału przedstawiła powodowi ofertę kursu wymiany euro i inne produkty banku. Dyrektor oddziału zaproponował wówczas również powodowi korzystanie z pomocy opiekuna klienta indywidualnego, którym to opiekunem została A. S.. Od tego momentu powód w sprawach dotyczących jego finansów kontaktował się wyłącznie z A. S.. Wszystkie spotkania małżonków N. z A. S. odbywały się w przyjacielskiej, swobodnej atmosferze, rozpoczynały się do rozmowy na tematy prywatne. W 2013 r. powód otworzył w pozwanym banku rachunek kantoru walutowego, w czerwcu 2014 r. konto oszczędnościowe, a w lutym 2015 r. kolejny rachunek oszczędnościowo - rozliczeniowy (nr (...)).

W dniu 4 czerwca 2014 r. powód podpisał z A. Bankiem umowę ramową dotyczącą transakcji dokonywanych przez powoda; przy zawieraniu umowy ramowej bank także reprezentowała A. S., posługująca się imienną pieczęcią ze stanowiskiem (...), a w późniejszym czasie „Starszy Doradca ds. Kluczowych Klientów”.

Do 2016 r. małżonkowie zgromadzili ponad 400 000 zł, przy czym od grudnia 2015 r. powód zaczął korzystać z innych produktów banku w postaci lokat terminowych; powodowi i jego żonie zależało przede wszystkim na bezpieczeństwie inwestycji. W czasie, kiedy zbliżał się termin zakończenia lokaty terminowej, A. S. kontaktowała się telefonicznie z powodem, informowała o możliwości przedłużenia lokaty i przedstawiała warunki. W okresie do 9 lutego 2016 r. powód otworzył 5 lokat terminowych:

1. lokata otwarta w dniu 6 grudnia 2015 r., zamknięta w dniu 4 lutego 2016 r.,;
2. lokata otwarta w dniu 6 grudnia 2015 r., zamknięta w dniu 6 grudnia 2015 r.,
3. lokata otwarta w dniu 27 stycznia 2016 r., zamknięta w dniu 6 lutego 2016 r.,
4. lokata otwarta w dniu 4 lutego 2016 r., zamknięta w dniu 14 lutego 2016 r.,
5. lokata otwarta w dniu 9 lutego 2016 r., zamknięta w dniu 19 lutego 2016 r.

Żadna z w/w umów lokaty terminowej nie była umowa lokaty negocjowanej. Z uwagi na koniec okresu, na jaki zawarto piątą z wyżej wskazanych umów lokaty terminowej, A. S. skontaktowała się telefonicznie z powodem informując go, że ma mu do zaoferowania lepszy produkt, przynoszący większy niż lokata zysk i poprosiła o możliwość osobistego spotkania, gdyż chce porozmawiać o kolejnej inwestycji. Powód wraz z żoną przebywał wówczas w Polsce przez tydzień, doszło do dwóch spotkań w banku powoda z A. S., przy spotkaniach tych obecna była również żona powoda A. N., która była wówczas w ciąży. Spotkanie odbywało się w luźnej, przyjacielskiej atmosferze, od rozmowy na tematy prywatne, w tym dotyczące ciąży A. N.. Spotkania te miały miejsce dzień po dniu, na drugim spotkaniu A. S. miała już przygotowane wszystkie dokumenty, które powód podpisał. A. S. miała już przygotowaną dla powoda ofertę - zaproponowała powodowi inwestycję w certyfikaty inwestycyjne (...) L. Polskie Funduszu Inwestycyjnego Zamkniętego Aktywów Niepublicznych. Powód wyraźnie zazaczył, że nie akceptuje inwestycji w produkty, z którymi może wiązać się utrata zgromadzonych oszczędności oraz że inwestycja nie może być długoterminowa, gdyż w

maju kończą im się kontrakty w Irlandii, a żona powoda jest w ciąży. A. S. wskazała małżonkom, że produkt ten jest prawie tak samo bezpieczny, jak lokata terminowa, zainwestowane pieniądze będą mogli odzyskać po 2 latach, natomiast zysk jest wyższy, niż na lokacie terminowej. Wspomniała przy tym, że inwestycja wiąże się z pewnym ryzykiem utraty środków. Małżonkowie N. ponownie podkreślili wówczas, że nie akceptują żadnego ryzyka związanego z utratą inwestowanych środków, z uwagi na to, że oszczędności są przeznaczone na nabycie nieruchomości, kończą im się kontrakty, a żona powoda jest w ciąży. A. S. wskazała, że ryzyko jest niewielkie, gdyż Fundusz inwestuje w nieruchomości leśne, inwestycja jest bezpieczna, jest to nowy produkt, inwestują w niego ludzie zamożni, w większości środowisko bankowe (w tym dyrektor oddziału w K.), inwestycja już przynosi zyski, ten konkretny Fundusz przewiduje możliwość wypłaty już w marcu 2017 r. Wskazała ona również, że powód musi szybko podjąć decyzję, gdyż przyjmowanie zapisów na certyfikaty zakończy się w dniu 24 lutego 2016 r., a możliwość zakupu certyfikatów uwarunkowana jest jedoczesnym ulokowaniem części środków na lokacie terminowej, przy czym wówczas po raz pierwszy zaproponowała powodowi możliwość negocjowania wysokości środków zgromadzonych na lokacie. Małżonkowie N. wyjaśnienia A. S. zrozumieli w ten sposób, że wypłacone im zostaną zainwestowane pieniądze oraz ewentualny zysk.

Powodowi przedstawiona została broszura, tzw. karta funduszu. W jej treści wskazano, że aktualna wartość certyfikatu wynosi 944,70 zł, zmiana za ostatnie 12 miesięcy i od początku działalności (kwiecień 2015 r.) wynosi 5,15 %, stopa zwrotu od początku działalności Funduszu wyniosła w 2015 r.: IV 1,08%, V -0,10%, VI 0,01%, VII 0,92%, VIII 0,45%, IX 0,61%, X 0,52%, XI 0,28%, XII 0,61%, a w 2016 r. I 0,66%. W karcie funduszu w formie wykresu (słupków) przedstawiono również wartość aktywów, graficznie bliską 0 w dniu 30 kwietnia 2015 r. do ok. 105 000 000 zł w dniu 31 stycznia 2016 r., a także wykres (w formie linii) przedstawiający wzrost wartości certyfikatu z 898,46 zł do 944,70 zł (na żadnym odcinku linia nie spadała poniżej punktu wyjściowego, wzrastała, utrzymywała się na stałym poziomie, ew. z minimalnym spadkiem i ponownie wzrastała). W treści karty funduszu wskazano również, że Fundusz jest największym instytucjonalnym zarządcą nieruchomości rolnej w Polsce i jest przeznaczony dla inwestorów o średnio i długoterminowym horyzoncie inwestycyjnym, pragnących osiągnąć zwrot z zainwestowanego kapitału przy możliwie minimalnych zmiennościach wartości certyfikaty, a na zmianę wartości certyfikatów wpływa wzrost wartości ziemi i drewna, wysokość otrzymywanych dopłat oraz sprzedaż drewna. W treści karty funduszu znalazło się również stwierdzenie, że Fundusz jest pierwszym w Polsce funduszem inwestującym wyłącznie w lasy, a przewidywalna w momencie inwestycji stopa wzrostu masy drzewnej w połączeniu ze zmianami cen drewna, historycznie rosnącymi szybciej, niż inflacja, pozwoli dostarczyć inwestorom stabilne stopy zwrotu, również w długich horyzontach czasowych. Karta funduszu zawierała przy tym informację (drobnym drukiem), że dokument ten służy jedynie celom informacyjnym i nie stanowi oferty, oferty publicznej, rekomendacji ani usługi doradztwa prawnego, podatkowego, finansowego lub inwestycyjnego związanego z inwestowaniem w jakiejkolwiek papiery wartościowe i nie może stanowić podstawy do podjęcia decyzji o dokonaniu jakiejkolwiek inwestycji w papiery wartościowe.

W dniu 24 lutego 2016 r. przeprowadzone wówczas zostało tzw. badanie profilu inwestycyjnego klienta w celu określenia profilu inwestycyjnego powoda i zarekomendowania mu najbardziej optymalnego rozwiązania inwestycyjnego; w treści formularza znalazła się przy tym adnotacja, że wynik badania to tylko propozycja A. Banku, a ostateczna decyzja zawsze należy do klienta. Powód nie wypełniał własnoręcznie formularza; jego wypełnienie odbyło się w ten sposób, że A. S. zadawała powodowi pytania i zaznaczała udzielone przez powoda odpowiedzi w formularzu edytowanym na komputerze. (...) dwukrotnie odrzucił powoda jako klienta, który może zainwestować w certyfikaty z uwagi na fakt, że z odpowiedzi powoda wynikało, że nie akceptuje on utraty jakiejkolwiek części środków oraz nigdy wcześniej nie inwestował w podobne produkty, nie miał żadnego doświadczenia z inwestycjami wiążącymi się z ryzykiem. A. S. skorygowała wówczas odpowiedzi, jakie zostały zaznaczone w badaniu profilu inwestycyjnego klienta. W wersji formularza, jaka ostatecznie została wypełniona, zaznaczone zostały odpowiedzi:

1. wykształcenie: inne średnie
2. wykonywany obecnie lub poprzednio zawód: obecny/ poprzedni zawód nie jest był związany z rynkiem finansowym

3. ocena wiedzy w zakresie inwestowania w instrumenty finansowe: oglądam programy informacyjne w ogólnopolskich mediach, przeglądam portale finansowe w internecie
4. określenie doświadczenia w zakresie inwestowania w instrumenty finansowe: ma doświadczenie w inwestowaniu w różnego rodzaju instrumenty finansowe, w tym w instrumenty pochodne
5. od jak dawna Pan inwestuje w zaznaczone powyżej instrumenty finansowe: od 1 do 5 lat
6. jaką kwotę Pan zainwestował w zaznaczone instrumenty we wskazanym powyżej okresie: powyżej 300 000 zł
7. jaką liczbę transakcji na zaznaczonych instrumentach zawarł Pan przez ostatni rok: do 10
8. jakie są podstawowe źródła Pana dochodów: dochody z tytułu zatrudnienia
9. proszę wskazać przybliżoną wartość miesięcznej nadwyżki finansowej: od 4001 PLN do 6000 PLN
10. jaka część Pana majątku stanowią aktywa płynne (lokaty, wolne środki pieniężne): powyżej 75%
11. jaka część Pana majątku stanowią inwestycje (m.in. akcje, obligacje, fundusze inwestycyjne, udziały w spółkach): poniżej 25%
12. jaka część Pana majątku stanowią nieruchomości: poniżej 25%
13. które z poniższych twierdzeń najlepiej oddają Pana obecną sytuację? W przypadku utraty stałego źródła przychodów moje obecnie posiadane aktywa płynne pokrywają: powyżej 1 roku [kosztów utrzymania]
14. jaki jest główny cel Pana inwestycji: lokuję nadwyżki finansowe bez określonego konkretnego celu
15. w odniesieniu do celu inwestycji jakie są Pana preferencje: nie akceptuję ryzyka utraty nawet niewielkiej części zainwestowanego kapitału
16. w odniesieniu do inwestycji jaki horyzont czasu jest Pan w stanie zaakceptować: nie dłużej niż rok.

Jeżeli chodzi po pytanie 15., do wyboru były przy tym odpowiedzi: oczekuję znacznych zysków z inwestycji przy świadomości ryzyka utraty istotnej części zainwestowanego kapitału, oczekuję zysków z inwestycji przewyższających oprocentowanie lokat bankowych przy świadomości ryzyka utraty części zainwestowanego kapitału oraz nie akceptuję ryzyka utraty nawet niewielkiej części zainwestowanego kapitału, a jeżeli chodzi o pytanie 16., do wyboru były odpowiedzi: nie dłużej niż rok, nie dłużej niż trzy lata, powyżej trzech lat.

Powód podpisał oświadczenie o treści przygotowanej przez bank, zgodnie z treścią którego został poinformowany, iż certyfikaty inwestycyjne Funduszy Inwestycyjnych Zamkniętych ((...)) są instrumentami finansowymi, które mogą charakteryzować się ograniczoną płynnością, w związku z powyższym przed podjęciem ostatecznej decyzji inwestycyjnej (...) Banku rekomenduje dokładne zapoznanie się z dokumentami informacyjnymi funduszy, a w szczególności zwrócić uwagę na warunki wykupu certyfikatów, Biuro (...) przestrzega przed inwestowaniem w (...) klientów z krótkim horyzontem inwestycyjnym oraz klientów nieposiadających doświadczenia inwestycyjnego, a inwestowanie w instrumenty finansowe wiąże się z ryzykiem poniesienia straty, inwestycja w (...) nie jest przeznaczona dla klientów nieakceptujących ryzyka utraty nawet niewielkiej części zainwestowanego kapitału.

Powód podpisał jednocześnie umowę o świadczenie usługi przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia tytułów uczestnictwa przez (...) Bank S.A., zgodnie z którą (...) Bank S.A. zobowiązało się do przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania do przyjmowania zleceń i dyspozycji określonych w Statutach oraz prospektach informacyjnych Funduszy, w

szczególności dotyczących nabycia tytułów uczestnictwa, odkupienia tytułów uczestnictwa, konwersji tytułów uczestnictwa, zmiany tytułów uczestnictwa, transferu tytułów uczestnictwa.

W tym samym dniu powód otrzymał propozycję nabycia certyfikatów inwestycyjnych serii A13 Funduszu (...) L. Polskie Funduszu Inwestycyjnego Zamkniętego Aktywów Niepublicznych oraz złożył formularz zapisu na certyfikaty inwestycyjne w liczbie 212 za cenę jednostkową 944,70 zł. W dokumencie formularza zapisu na certyfikaty (przygotowanym na formularzu) powód oświadczył, że znane mu są treść Statutu funduszu oraz warunki emisji oraz że przyjmuje do wiadomości, że informacje dotyczące (...) S.A. – podmiotu zarządzającego portfelem inwestycyjnym Funduszu, prowadzącego ewidencję uczestników Funduszu oraz uprawnionego do wykonywania usługi oferowania instrumentów finansowych, jak i opis istoty instrumentów finansowych oraz ryzyka związanego z inwestowaniem w te instrumenty, opis konfliktów interesów i zbiór regulacji wewnętrznych (...), zostały udostępnione na stronie internetowej (...) w zakładce informacje prawne.

Warunki emisji certyfikatów inwestycyjnych serii A13 opisywały czynniki ryzyka. Zgodnie ze statutem (...) L. Polskie, certyfikaty stanowiły emitowane przez Fundusz papiery wartościowe, niepodzielne, imienne i nieposiadające formy dokumentu, reprezentujące w ramach danej serii jednakowe prawa majątkowe. Zgodnie z art. 20 ust. 1 statutu, Fundusz dokonuje wykupu certyfikatów w każdym dniu wykupu, na żądanie uczestnika, przy czym poczynając od serii A12 wszystkie kolejne certyfikaty wyemitowane przez fundusz mogą być wykupywane przez Fundusz w dniach wykupu przypadających po okresie nie krótszym niż 12 miesięcy od daty emisji danego certyfikatu serii A12 i kolejnych, a z chwilą wykupienia przez Fundusz certyfikaty są umarzane z mocy prawa. Art. 20 ust. 2 i 3 statutu stanowiły, że żądanie wykupu certyfikatów przez Fundusz powinno zostać dokonane w formie pisemnej na formularzu, jednoznacznie określać certyfikaty objęte żądaniem oraz jednoznacznie określać datę dnia wykupu, a uczestnik może złożyć żądanie wykupu nie później, niż na 3 miesiące przed określonym przez uczestnika dniem wykupu. Ust. 9 art. 20 stanowił, że cena wykupu certyfikatu w danym dniu wykupu jest równa wartości aktywów netto na certyfikat w tym dniu wykupu.

W tym samym dniu doszło do zawarcia przez powoda z pozwanym bankiem umowę terminowej lokaty oszczędnościowej negocjowanej nr (...) dotyczącą kwoty 219 000 zł Termin na jaki została zawarta lokata wynosił 90 dni, z opcją odnowienia, a oprocentowanie było stałe i wynosiło 4,26% na dzień podpisania umowy i było wyższe od standardowego oprocentowania lokat, które wynosiło wówczas 1,90%.

Powód uiścił łączną kwotę 204 281,93 zł, w tym: kwotę 200 276,40 zł tytułem kosztów nabycia 212 certyfikatów inwestycyjnych po cenie emisyjnej za 1 certyfikat wynoszącej 944,70 zł oraz kwotę 4 005,53 zł tytułem opłaty manipulacyjnej za wydanie certyfikatów.

W dniu 7 marca 2016 r. (...) S.A. w W. prowadzący ewidencję uczestników funduszu (...) L. Polskie wystawił powodowi pisemne potwierdzenie, że w dniu 24 lutego 2016 r. na rachunku bankowym Funduszu została zaksięgowana wpłata w kwocie 204 281,93 zł tytułem zapisu na certyfikaty inwestycyjne, powód zawiadomiony został również, że w związku z przydziałem certyfikatów inwestycyjnych Funduszu serii A13 w dniu 29 lutego 2016 r. powód został wpisany do ewidencji uczestników Funduszu jako posiadacz 212 certyfikatów inwestycyjnych serii A13. Załącznikiem do przedmiotowego pisma był wypis z aktu notarialnego obejmującego oświadczenie W (...) S.A. w przedmiocie udzielenia gwarancji. Zgodnie z treścią aktu notarialnego z dnia 7 grudnia 2015 r., spółka W (...) S.A. w W. oświadczyła, iż w związku z zawarciem przez spółkę oraz spółkę (...) Funduszu Inwestycyjnych S.A. we W. umowy gwarancji z dnia 3 grudnia 2015 r., spółka W (...) udziela posiadaczom certyfikatów serii A11, A12, A13 i A14 emitowanych przez (...) L. Polskie Fundusz Inwestycyjny Zamknięty Aktywów Niepublicznych we W. gwarancji wypłaty wartości odpowiadającej różnicy pomiędzy wartością aktywów netto na certyfikat w chwili jego wykupu, a wartością gwarantowaną, przy czym przez wartość gwarantowaną należy rozumieć kwotę równą cenie emisyjnej certyfikatu, a warunkami realizacji gwarancji jest łączne spełnienie następujących przesłanek: wartość aktywów netto na certyfikat w dniu wykupu jest niższa, niż wartość gwarantowana, posiadacz certyfikatów inwestycyjnych nie otrzymał od Funduszu lub Towarzystwa innych świadczeń rekompensujących różnicę wartości, od dnia przydziału certyfikatów do dnia wykupu upłynął okres co najmniej 24 miesiące.

Powód z zawodu jest technikiem geologiem. Nigdy wcześniej nie inwestował w certyfikaty funduszy inwestycyjnych, akcje, obligacje, nie miał sporządzonego profilu inwestycyjnego klienta, a oszczędności lokował jedynie na koncie oszczędnościowym i lokatach terminowych.

Podczas jednego z pobytów w Polsce w czerwcu 2017 r. powód i jego żona wskazali w oddziale banku ich aktualne numery telefonów. Mimo to A. S. podejmowała próby skontaktowania się z małżonkami dzwoniąc pod nieaktualne numery i po kilku nieudanych próbach w dniu 1 września 2017 r. wysłała do powoda maila z prośbą o kontakt celem zaproszenia małżonków na spotkanie. Wiadomość nie zaniepokoiła małżonków, gdyż odebrali ją jako standardową próbę kontaktu dotyczącą kończącej się lokaty. A. S. w dniu 6 września 2017 r. ponownie mailowo zwróciła się do małżonków N. z prośbą o kontakt. Małżonkowie wracali z wakacji, powód odpowiedział na wiadomość prosząc A. S. o podanie jej numeru telefonu i wskazując, że skontaktują się z nią; wskazał przy tym, że jeżeli sprawa ma charakter pilny, skontaktuje się z nią niezwłocznie. A. S. skontaktowała się mailowo z powodem dopiero w dniu 18 września 2017 r., podając swój numer telefonu. Podczas rozmowy telefonicznej A. S. poinformowała powoda, że Fundusz, którego certyfikaty nabył „nie ma się zbyt dobrze”. Małżonkowie N. w ciągu tygodnia zorganizowali swój przyjazd do Polski. Po przyjeździe dowiedzieli się, że zainwestowane przez powoda w certyfikaty środki będą najprawdopodobniej nie do odzyskania i że stracili pieniądze.

W dniu 27 września 2017 r. powód złożył w oddziale A. Banku w K. pisemne żądanie wykupu certyfikatów inwestycyjnych emitowanych przez L. Polskie Fundusz Inwestycyjny Zamknięty Aktywów Niepublicznych serii A13 w ilości 212 certyfikatów, wskazując jako dzień wykupu 31 grudnia 2017 r. Certyfikaty nie zostały wykupione, a powód do chwili obecnej nie odzyskał żadnej części zainwestowanych w nie środków.

Z dniem 23 lutego 2018 r. otwarta została likwidacja Funduszu; likwidatorem Funduszu jest (...) Bank (...) S.A. Oddział w Polsce. Według sprawozdania finansowego przygotowanego przez likwidatora, na dzień otwarcia likwidacji została oszacowana wartość aktywów netto Funduszu rozumiana jako wartość aktywów Funduszu skorygowana o zobowiązania; przy uwzględnieniu liczby wyemitowanych certyfikatów 162 642, wartość aktywów netto przypadająca na jeden certyfikat inwestycyjny wyniosła 338,35 zł. Likwidator zastrzegł jednocześnie, że przeprowadzone analizy bazują na niepełnej dokumentacji dotyczącej spółek oraz ograniczonym dostępie do kadry zarządzającej niektórych analizowanych podmiotów, co może mieć wpływ na rzeczywistą wartość transakcyjną aktywów Funduszu, ostateczna wartość aktywów netto Funduszu stanowiąca rezultat likwidacji obarczona jest dużym poziomem niepewności i może istotnie się różnić od wskazanych wyników oszacowania wartości aktywów netto Funduszu. Jednocześnie Raiffeisen jako depozytariusz Funduszu zawiadomił o zamiarze wytoczenia powództwa przeciwko spółce (...) S.A. z tytułu szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków w zakresie zarządzenia funduszem i jego reprezentacji.

dowód:

- umowa ramowa z dnia 4 czerwca 2014 r. z załącznikami k. 58 - 67
- pismo z listą rachunków bankowych powoda k. 53 – 57
- karta funduszu k. 72
- badanie profilu inwestycyjnego klienta k. 68 – 70
- oświadczenie k. 71
- umowa o świadczenie usługi przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia tytułów uczestnictwa k. 73 – 75
- propozycja nabycia certyfikatów inwestycyjnych k. 27
- formularz zapisu na certyfikaty k. 28 – 29

- Statut funduszu k. 44 - 52
- warunki emisji certyfikatów k. 32 - 43
- umowa terminowej lokaty oszczędnościowej negocjowanej k. 76
- potwierdzenie wykonania przelewu k. 77
- potwierdzenie wpłaty i wpisu do ewidencji uczestników k. 78
- akt notarialny z dnia 7 grudnia 2015 r. k. 79 - 80
- zaświadczenie o treści wpisu w ewidencji uczestników funduszu k. 81
- korespondencja mailowa powoda z A. S. k. 82 - 84
- żądanie wykupu certyfikatów k. 85 – 87
- oświadczenie likwidatora Funduszu z dnia 6 czerwca 2019 r. k. 207 – 211
- zawiadomienie o zamiarze wytoczenia powództwa k. 212 - 213
- zeznania świadka A. N. protokół rozprawy z dnia 24 czerwca 2021 r. od 00:57:05 do 01:21:58
- zeznania świadka A. S. protokół rozprawy z dnia 24 czerwca 2021 r. od 01:23:40 do 01:52:45
- zeznania powoda protokół rozprawy z dnia 24 czerwca 2021 r. 01:56:45 w zw. z protokołem od 00:06:13 do 00:34:20 i od 00:44:20 do 00:52:24

Pismem sporządzonym i nadanym w dniu 13 sierpnia 2019 r. powód (działając przez pełnomocników r. pr. K. W. i r. pr. D. N. złożył reklamacje dotyczącą umowy zawartej przez niego z pozwanym bankiem w dniu 24 lutego 2016 r., wzywając jednocześnie bank do zwrotu na jego rzecz łącznej kwoty 204 281,93 zł, w terminie 14 dni od dnia otrzymania pisma. Pismo to doręczone zostało stornie pozwanej w dniu 16 sierpnia 2019 r. Pismem z dnia 13 września 2019 r. pozwany bank poinformował pełnomocników powoda, że przedłożone przy piśmie z dnia 13 sierpnia 2019 r. pełnomocnictwo nie uprawnia Biura (...) do przekazania informacji objętych tajemnicą zawodową. Następnie pismem z dnia 4 listopada 2019 r. pozwany bank poinformował pełnomocników powoda o braku podstaw do uwzględnienia reklamacji.

dowód:

- pismo powoda z dnia 13 sierpnia 2019 r. z dowodem nadania k. 97 – 104
- wydruk ze strony Poczty Polskiej „Śledzenie przesyłek” k. 104
- pismo strony pozwanej z dnia 13 września 2019 r. k. 106
- pismo strony pozwanej z dnia 4 listopada 2019 r. k. 107 – 109.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w postaci dowodów z dokumentów, które nie były kwestionowane w toku niniejszego postępowania. Nadto Sąd poczynił ustalenia faktyczne w oparciu o dowód z zeznań świadka A. N. oraz dowód z przesłuchania stron, ograniczony do przesłuchania powoda. Podkreślić należy, iż sam, fakt, że powód, a pośrednio również jego żona, są osobami zainteresowanymi wynikiem niniejszego procesu, nie może skutkować oceną, że zeznania ich są zeznaniami niewiarygodnymi. W ocenie Sądu powód oraz świadek rzetelnie przedstawili informacje na temat relacji łączących powoda z bankiem, okoliczności, przyczyn i sposobu w jaki dokonał przedmiotowej inwestycji, a opisując rozmowę z pracownikiem pozwanego banku

(...) nie pomijał tych okoliczności, które oświadczą o częściowo prawidłowym zachowaniu tego pracownika (np. co do udzielenia informacji co do okresu inwestycji). Zdaniem Sądu świadkowi oraz powodowi nie można czynić zarzutu niewiarygodności ich zeznań tylko z tego powodu, że opisywali oni przebieg spotkań w banku ze stosunkowo dużą dokładnością. Powód i jego żona nie byli bowiem osobami zamożnymi, wyjechali do pracy za granicę i przez kilkanaście lat ciężko tam pracowali, by odłożyć pieniądze na zakup nieruchomości. Spotkania w banku dotyczyły zaś zainwestowania oszczędności ich życia, kwoty ponad 400 000 zł, utrata części tych oszczędności (przy cenach nieruchomości w 2016 r.) znacznie utrudniałaby małżonkom spełnienie ich planów, byłoby zatem coś dziwnego w tym, gdyby właśnie małżonkowie nie pamiętali przebiegu tych spotkań, złożonych im propozycji i udzielonych w związku z zaproponowanymi propozycjami wyjaśnień. Sama zresztą strona pozwana dokonując oceny zeznań świadka A. N. w piśmie procesowym z dnia 12 lipca 2021 r. (k. 314 - 320) popada w wewnętrzną sprzeczność twierdząc, że nie jest możliwe, by powód i jego żona byli w stanie odtworzyć dokładnie rozmowę sprzed pięciu lat, a następnie twierdząc, że to zeznania A. S. są wiarygodne jako spójne, logiczne i spontaniczne. Zauważyć tymczasem należy, że o ile przedmiotowa inwestycja dotyczyła oszczędności całego życia powoda i jego żony, to już dla A. S. powód był jednym z wielu klientów, co do A. S. można zatem zasadnie powziąć wątpliwość, czy była ona w stanie z tak dużą dokładnością, jak zeznawała odtworzyć przebieg spotkań z małżonkami N..

Sąd oddalił wniosek strony pozwanej o dopuszczenie dowodu z protokołu rozprawy z dnia 24 czerwca 2021 r. w sprawie I C 22/21 tut. Sądu w zakresie zeznań, jakie w sprawie I C 22/21 złożył świadek K. P. (postanowienie k. 332 odwrót). Strona pozwana nie podała bowiem żadnych racjonalnych przyczyn, dla których nie złożyła wniosku po przesłuchanie tego świadka również w niniejszej sprawie, tym bardziej że obie sprawy są sprawami o analogicznym stanie faktycznym, w obu sprawach bank jest reprezentowany przez tego samego pełnomocnika, a i terminy pierwszych rozpraw w obu sprawach wyznaczone zostały na ten sam dzień, bo 24 czerwca 2021 r., zdaniem Sądu nie istniały więc żadne racjonalne powody, dla których pozwany wniosek o przesłuchanie K. P. nie zgłosił również i w sprawie niniejszej. Argumentem takim w ocenie Sądu nie jest potrzeba przesłuchania świadka z uwagi na treść zeznań powoda i jego żony, a to z uwagi na okoliczności wskazywanego przez pozwanego, na które dowód ten miałby zostać przeprowadzony (k. 319), zauważyć również należy, iż w sprawie I C 22/21 wniosek o przesłuchanie tego świadka został zgłoszony już w odpowiedzi na pozew. Podkreślić zaś należy, iż zgodnie z treścią przepisu art. 235 § 1 zd. pierwsze k.p.c., postępowanie dowodowe odbywa się przed sądem orzekającym, chyba że sprzeciwia się temu charakter dowodu albo względ na poważne niedogodności lub niewspółmierność kosztów w stosunku do przedmiotu sporu. Z powyższego przepisu wynika dla postępowania dowodowego zasada bezpośredniości, która ma dwa aspekty: pierwszy nakazuje sądowi korzystanie z dowodów pierwotnych, a z dowodów pochodnych dopiero wtedy, gdy nie ma pierwotnych (w niniejszej sprawie odnośnie w/w dowodu ten aspekt nie ma znaczenia), a drugi aspekt odnosi się do bezpośredniości postępowania dowodowego przed sądem rozpoznającym sprawę - Sąd powinien osobiście zetknąć się z dowodami, strony zaś mają wówczas możliwość zadawania pytań, oceny sposobu składania zeznań. Zdaniem Sądu uwzględnienie powyższego wniosku dowodowego strony pozwanej naruszałoby wskazaną zasadę bezpośredniości. Co prawda bowiem sędzią referentem w sprawie I C 22/21 i w sprawie niniejszej jest ta sama osoba, a pozwanym ten sam bank, to już po stronie powoda występują różne osoby. Przeprowadzenie dowodu z protokołu rozprawy z dnia 24 czerwca 2021 r. w sprawie I C 22/21 tut. Sądu w zakresie zeznań, jakie w sprawie I C 22/21 złożył świadek K. P., pozbawiłoby powoda możliwości bezpośredniego zetknięcia się ze świadkiem, w szczególności możliwości zadawania mu pytań. Protokół zeznań w innej sprawie (mimo że jest dokumentem urzędowym) nie może zatem zastąpić przesłuchania bezpośrednio przed sądem orzekającym.

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo M. N. (2) przeciwko (...) Bank S.A. w W. w całości zasługuje na uwzględnienie.

Podzielić bowiem należy stanowisko powoda, zgodnie z którym strony niniejszego postępowania poprzez czynności dorozumiane (per facta concludentia) zawarły umowę o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego. Zawarcie umowy o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego nie wymaga bowiem zachowania ani formy pisemnej, ani innej szczególnej formy i może nastąpić również w sposób dorozumiany (zob.: uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 grudnia 2019 r., V ACa 184/19, Lex nr 2763919; uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego

w Warszawie z dnia 12 lutego 2020 r., VI ACa 714/18, Lex nr 3054145; uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 stycznia 2021 r., XXV C 2590/19, Lex nr 3126813).

Jak zaś wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, inwestycja w certyfikaty funduszu inwestycyjnego, jaka powód działał w dniu 24 lutego 2016 r., nie była pierwszą czynnością, jaką powód podjął odnośnie swoich oszczędności w pozwanym Banku. Z ustaleń faktycznych dokonanych w niniejszej sprawie na podstawie uznanego za wiarygodny dowodu z przesłuchania powoda oraz dowodu z zeznań świadka A. N. – żony powoda, który szczegółowo opisywali przebieg spotkań w banku z A. S. wynika, że już w 2011 r. powód i jego żona po powrocie z pierwszego kontraktu dysponowali większą kwotą w walucie euro i chcieli dokonać jej wymiany na złotówki w pozwanym banku, gdzie powód od 2010 r. miał otwarty rachunek oszczędnościowo – rozliczeniowy. Wówczas pracownik banku - A. S. poinformowała małżonków o możliwości negocjowania kursu wymiany, a następnie zaprosiła do powodów dyrektora oddziału i wraz z dyrektorem oddziału przedstawiła powodowi ofertę kursu wymiany euro i inne produkty banku, przede wszystkim jednakże Dyrektor oddziału zaproponował wówczas również powodowi korzystanie z pomocy opiekuna klienta indywidualnego. Powód wyraził zgodę na powyższą propozycję, opiekunem tym została A. S. i od tego momentu powód w sprawach dotyczących jego finansów kontaktował się wyłącznie z A. S. i to A. S. przedstawiała powodowi propozycje dotyczące określonych produktów banku, w szczególności lokat terminowych, a w czasie, kiedy zbliżał się termin zakończenia lokaty terminowej, kontaktowała się telefonicznie z powodem, informowała o możliwości przedłużenia lokaty i przedstawiała warunki. Charakterystyczne jest również, że w 2014 r., kiedy powód podpisał z A. Bankiem umowę ramową dotyczącą transakcji dokonywanych przez powoda przy zawieraniu umowy ramowej A. S. posługiwała się imienną pieczęcią ze stanowiskiem (...), a w późniejszym czasie (w tym w szczególności w lutym 2016 r.) „Starszy Doradca ds. Kluczowych Klientów”.

W okolicznościach niniejszej sprawy zdaniem Sądu nie sposób więc twierdzić, że stosunki stron w zakresie inwestycji realizowanych przez powoda z udziałem pozwanego Banku w zakresie inwestycji w certyfikaty funduszu inwestycyjnego, regulowała w całości umowa o świadczenie usługi przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia tytułów uczestnictwa przez (...) Bank S.A. z dnia 24 lutego 2016 r. (k. 73 - 75) i że tylko w ramach wykonania tej umowy powodowi została przedstawiona propozycja inwestycji w postaci nabycia certyfikatów funduszu inwestycyjnego. Przeciwnie, powyższe okoliczności w przekonaniu Sądu jednoznacznie świadczą o tym, iż pomiędzy powodem a pozwanym bankiem od 2011 r. doszło do zawarcia w formie ustnej umowy o doradztwo inwestycyjne i to w ramach tej umowy pracownik banku (...) rekomendowała i zaoferowała powodowi określone produkty, dostosowywane do potrzeb i oczekiwań powoda, w szczególności dostosowane do oczekiwań powoda w zakresie bezpieczeństwa inwestycji (stąd korzystanie przez powoda do lutego 2016 r. wyłącznie z lokat terminowych oraz rachunków oszczędnościowych), początkowo lokaty terminowe, a w lutym 2016 r. pośrednictwo w nabyciu papierów wartościowych - certyfikatów inwestycyjnych serii A13 Funduszu (...) L. Polskie.

Za tym, iż zaoferowanie powodowi nabycia przedmiotowych certyfikatów nastąpiło w ramach umowy o świadczenie usług doradztwa inwestycyjnego, a nie w ramach umowy z dnia 24 lutego 2016 r. o świadczenie usługi przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia tytułów uczestnictwa przez (...) Bank S.A. (k. 73 - 75) przemawia ponadto fakt, że (...) Bank S.A. zobowiązało się do przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia tytułów uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania do przyjmowania zleceń i dyspozycji określonych w Statutach oraz prospektach informacyjnych Funduszy, w szczególności dotyczących nabycia tytułów uczestnictwa, odkupienia tytułów uczestnictwa, konwersji tytułów uczestnictwa, zmiany tytułów uczestnictwa, transferu tytułów uczestnictwa.

Zgodnie zaś z treścią przepisu art. 2 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, **zwanej dalej u.o.i.f i powoływanej w tym miejscu i w dalszej części uzasadnienia w brzmieniu obowiązującym w lutym 2016 r.**, tytuły uczestnictwa w instytucjach wspólnego inwestowania są instrumentami finansowymi niebędącymi papierami wartościowymi. Powodowi zaoferowano natomiast certyfikaty inwestycyjne, które są papierami wartościowymi, co jednoznacznie wynika z treści przepisu art. 3 pkt 1 lit. a u.o.i.f, stanowiącego, iż ilekroć w ustawie jest mowa o papierach wartościowych - rozumie się przez to: akcje, prawa poboru w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1030), prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, 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 zdaniem Sądu oznacza więc, że powodowi zaoferowano nabycie certyfikatów funduszu inwestycyjnego w ramach umowy o świadczenie usług doradztwa inwestycyjnego, a nie w ramach umowy z 24 lutego 2016 r.

Stosownie zaś do treści przepisu art. 76 u.o.i.f, 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.

Definicja umowy o doradztwo inwestycyjne jest wynikiem transpozycji do polskiego porządku prawnego unijnej definicji usługi doradztwa inwestycyjnego sformułowanej w art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych (tzw. dyrektywa (...)) zmieniającej dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz. Urz.UE.L Nr 145, str. 1) – (...) oraz art. 52 dyrektywy Komisji 2006/73/WE z dnia 10 sierpnia 2006 r. wprowadzającej środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwa inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tejże dyrektywy (Dz. Urz.UE.L Nr 241, str. 26).

Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt. 4 dyrektywy 2004/39/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. (...), 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. Art. 52 dyrektywy Komisji 2006/73/WE z dnia 10 sierpnia 2006 r. stanowi, że do celów definicji "doradztwa inwestycyjnego", zawartej w art. 4 ust. 1 ppkt 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. Zalecenie nie jest zaleceniem indywidualnym, jeżeli jest wydawane wyłącznie poprzez kanały dystrybucyjne lub przeznaczone dla ogółu społeczeństwa.

Zdaniem Sądu nawet więc przy przyjęciu, że strony nie łączyła już od 2011 r. umowa o doradztwo inwestycyjne, to treść powyższych przepisów jednoznacznie wskazuje na zawarcie przez strony niniejszego postępowania umowy o doradztwo inwestycyjne w zakresie nabycia przez powoda certyfikatów funduszu inwestycyjnego.

Rekomendacją jest bowiem opinia 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 jest to, że rekomendacja zostaje przygotowana na podstawie potrzeb i sytuacji klienta, a więc jest ona rekomendacją spersonalizowaną; przesłanka przygotowania rekomendacji na podstawie potrzeb i sytuacji klienta może zostać spełniona w sytuacji gdy udzielenie rekomendacji zostało poprzedzone rzeczywistym zbadaniem potrzeb i sytuacji klienta, lub gdy autor rekomendacji 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 - 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, a 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. Przedmiotem umowy o doradztwo inwestycyjne może być zarówno incydentalne, jak i długoterminowe i systematyczne świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego, a rekomendacje mogą być przekazywane w formie pisemnej lub ustnej. Przyjąć zatem należy, iż do konkludentnego zawarcia umowy doradztwo inwestycyjne zachodzi wówczas, gdy firma inwestycyjna podejmuje pewne działania promocyjne w stosunku do określonych instrumentów finansowych, czy też gdy klient zwraca się do firmy inwestycyjnej o jakąś formę doradztwa w zakresie inwestowania jego środków finansowych lub też wówczas, gdy klient zwraca się do firmy inwestycyjnej o rekomendację odnoszącą się do ewentualnej inwestycji w konkretne instrumenty finansowe, dokonywanej za pośrednictwem tej firmy inwestycyjnej, w firmie takiej rekomendacji udziela (zob.: uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 maja 2019 r., I ACa 1211/17, Lex nr 2689764 oraz „Cywilnoprawna ochrona inwestorów korzystających z usług maklerskich na rynku kapitałowym” pod red. Tomasza Sójki). Przywołać w tym miejscu należy również wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-604/11G. 48 SL i C. H. de G. S. przeciwko (...) SA, wydany co prawda na tle tzw. umowy swapowej, jednakże w swej treści odnoszący się do art. 4 ust. 1 pkt. 4 dyrektywy (...), w więc do definicji doradztwa inwestycyjnego, w którym Trybunał wskazał, iż art. 4 ust. 1 pkt 4 w/w dyrektywy powinien być interpretowany w ten sposób, że oferowanie klientowi umowy swapowej w celu zabezpieczenia się przed ryzykiem wahań stóp procentowych produktu finansowego nabytego przez owego klienta stanowi usługę doradztwa inwestycyjnego zgodnie z definicją zawartą w tym przepisie, jeżeli polecenie odnoszące się do zawarcia tego rodzaju umowy swapowej jest skierowane do owego klienta jako inwestora, jest przedstawione jako odpowiednie dla owego klienta lub oparte na analizie jego indywidualnej sytuacji i nie jest wydane wyłącznie poprzez kanały dystrybucyjne lub przeznaczone dla ogółu społeczeństwa [podkreślenie własne].

W tej sytuacji zatem zaproponowanie powodowie przez pracownika pozwanego Banku (...) powodowi inwestycji w certyfikaty inwestycyjne (...) L. Polskie Funduszu Inwestycyjnego Zamkniętego Aktywów Niepublicznych, przekazanie informacji, że produkt ten jest prawie tak samo bezpieczny, jak lokata terminowa, zainwestowane pieniądze powód będzie mógł odzyskać po 2 latach (choć ten konkretny Fundusz przewiduje możliwość wypłaty już w marcu 2017 r.), natomiast zysk jest wyższy, niż na lokacie terminowej, wskazanie, że ryzyko utraty środków jest niewielkie, a inwestycja już przynosi zyski, należy jednoznacznie uznać za udzielenie rekomendacji zakupu tych konkretnych instrumentów finansowych, świadczące o konkludentnym zawarciu umowy o doradztwo inwestycyjne.

Dla oceny zasadności żądania powoda ustalić następnie należało, czy pozwany bank należycie wywiązał się ze swojego zobowiązania. Stosownie bowiem do treści przepisu 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. Odpowiedzialność kontraktowa dłużnika może więc mieć miejsce tylko wówczas, gdy spełnione są tzw. nieruchome przesłanki odpowiedzialności: niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania będące następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, szkoda oraz związek przyczynowy pomiędzy faktem niewykonania (nienależytego wykonania) zobowiązania a szkodą.

Zgodnie zaś z treścią 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. Uwzględnić przy tym należy treść przepisu art. 355 § 2 k.c. stanowiącego, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Jak więc wynika z treści przepisu art. 355 § 2 k.c., w stosunkach gospodarczych przy określaniu wzorca należytej staranności należy uwzględniać wyższe, surowsze wymagania, z uwagi na zawodowy charakter działalności dłużnika, prowadzonej w sposób ciągły, co do zasady oparty na szczególnych umiejętnościach, wiedzy i doświadczeniu, uzasadnia to wymaganie staranności dłużnika na poziomie wyższym od przeciętnego (zob. np.: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 października 2019 r., I ACa 560/19, Lex nr 2753728; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., IV CSK

363/18, Lex nr 2691628). Profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Wzorzec należytej staranności musi nadto uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika - specjalisty oraz jego wiedzy i praktycznych umiejętności skorzystania z niej. Podkreślić zwłaszcza należy, iż w odbiorze społecznym bank bank posiada szczególny status instytucji zaufania publicznego, tak więc w stosunku do tego rodzaju podmiotu należy stosować podwyższony wzorzec staranności w kształtowaniu i przestrzeganiu dobrych obyczajów - bank powinien tak układać relację z klientem, aby zapewnić mu wysoki poziom zaufania do prowadzonej przez siebie działalności, gdyż jest to warunek sine qua non prawidłowego funkcjonowania na rynku usług finansowych poszczególnych banków, ale równocześnie stabilności całego sektora. (zob.: wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 4 września 2019 r., I ACa 146/19, Lex nr 3144432).

Uwzględniając zatem zawodowy charakter działalności pozwanego banku, dla oceny zachowania przez pozwanego należytej staranności przy wykonaniu umowy doradztwa inwestycyjnego zawartej z powodem, uwzględnić również należało przepisy regulujące wykonywanie przez podmioty działające na rynku instrumentów finansowych tego typu usług.

Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych (dyrektywa (...)) w Sekcji 2 zatytułowanej „Przepisy zapewniające ochronę inwestora” w art. 19 stanowi, iż [podkreślenia własne]:

ust. 1. Państwa Członkowskie wymagają, aby przy świadczeniu na rzecz klientów usług inwestycyjnych i/lub, w miarę potrzeb, usług dodatkowych, przedsiębiorstwo inwestycyjne działało uczciwie, sprawiedliwie i profesjonalnie, zgodnie z najlepiej pojętymi interesami klientów oraz wypełniając, w szczególności, zasady wymienione w ust. 2-8.

ust. 2. Wszelkie informacje, w tym publikacje handlowe, kierowane przez przedsiębiorstwo inwestycyjne do klientów lub potencjalnych klientów powinny być rzetelne, niebudzące wątpliwości i niewprowadzające w błąd. Publikacje handlowe należy w sposób niebudzący wątpliwości oznaczyć, jako publikacje handlowe.

ust. 3. Klientom lub potencjalnym klientom należy dostarczyć kompleksowych informacji dotyczących:

- przedsiębiorstwa inwestycyjnego oraz usług przez nie świadczonych,
- instrumentów finansowych oraz proponowanych strategii inwestycyjnych; powinny one obejmować stosowne wytyczne oraz ostrzeżenia o ryzyku związanym z inwestycjami w takie instrumenty lub odnoszącym się do poszczególnych strategii inwestycyjnych,
- podmiotów realizujących zlecenia, oraz
- kosztów i odnośnych opłat,

skonstruowanych w taki sposób, aby klienci lub potencjalni klienci mogli zrozumieć charakter oraz ryzyko związane z usługą inwestycyjną oraz określonym rodzajem oferowanego instrumentu finansowego, a co za tym idzie, mogli podjąć świadome decyzje inwestycyjne. Informacje te należy przekazywać w ujednoczonym formacie.

ust. 4. Świadcząc usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania pakietem akcji, przedsiębiorstwo inwestycyjne uzyskuje niezbędne informacje dotyczące wiedzy i doświadczenia klientów lub potencjalnych klientów w dziedzinie inwestycji odpowiedniej do określonego rodzaju produktu czy usługi, jego sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych, tak aby przedsiębiorstwo mogło polecić klientowi lub potencjalnemu klientowi odpowiednie dla niego usługi inwestycyjne i instrumenty finansowe.

ust. 5. Państwa Członkowskie zapewniają, że przedsiębiorstwa inwestycyjne świadczące usługi inwestycyjne, inne niż określone w ust. 4, zwróciły się do klienta lub potencjalnego klienta z prośbą o przekazanie informacji dotyczących jego wiedzy i doświadczenia w dziedzinie inwestycji, odpowiedniej do określonego rodzaju oferowanego

lub wymaganego produktu lub usługi, tak aby przedsiębiorstwo inwestycyjne mogło dokonać oceny, czy przewidziana usługa inwestycyjna lub produkt są odpowiednie dla klienta.

W przypadku gdy w oparciu o informacje otrzymane na podstawie poprzedzającego ustępu przedsiębiorstwo inwestycyjne uważa, że produkt lub usługa nie są odpowiednie dla klienta lub potencjalnego klienta, przedsiębiorstwo inwestycyjne ostrzega o powyższym klienta lub potencjalnego klienta. Ostrzeżenie to należy przekazywać w ujednoliconym formacie.

W przypadkach gdy klient lub potencjalny klient podejmuje decyzje o nieprzekazywaniu informacji określonych na podstawie akapitu pierwszego lub jeżeli przedstawia niewystarczające informacje dotyczące jego wiedzy i doświadczenia, przedsiębiorstwo inwestycyjne ostrzega klienta lub potencjalnego klienta, że taka decyzja uniemożliwia przedsiębiorstwu ustalenie, czy przewidziana usługa lub produkt są dla niego odpowiednie. Ostrzeżenie to należy przekazywać w ujednoliconym formacie.

Zgodnie z treścią przepisu art. 83a ust.1 u.o.i.f, firma inwestycyjna jest obowiązana stosować w prowadzonej działalności rozwiązania techniczne i organizacyjne zapewniające bezpieczeństwo i ciągłość świadczonych usług maklerskich oraz ochronę interesów klientów i informacji poufnych lub stanowiących tajemnicę zawodową. Ust. 3 art. 83a stanowi zaś, że firma inwestycyjna jest obowiązana świadcząc usługę maklerską brać pod uwagę najlepiej pojęty interes klienta.

Wskazać w tym miejscu należy, iż pod użytym w przepisie art. 83a ust. 3 u.o.i.f. pojęciem usługi maklerskiej należy rozumieć także doradztwo inwestycyjne, co wynika z art. 69 ust. 2 pkt. 5 u.o.i.f. stanowiącego, iż działalność maklerska, z zastrzeżeniem art. 16 ust. 3 i 5 oraz art. 70, obejmuje wykonywanie czynności polegających na doradztwie inwestycyjnym. Zgodnie zaś z treścią przepisu art. 70 ust. 2 u.o.i.f., 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 u.o.i.f. Należy przy tym podzielić pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 grudnia 2019 r. (V ACa 184/19, Lex nr 2763919), że nawet 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.

Nadto wskazać należy, iż dyrektywa (...) z dnia 21 kwietnia 2004 r. w art. 19 mówi o działaniu zgodnie z najlepiej pojętymi interesami klientów przy świadczeniu na rzecz klientów usług inwestycyjnych, a nie tylko wykonywaniu działalności maklerskiej. Art. 4 ust. 2 dyrektywy (...), w rozumieniu dyrektywy „usługi i działalność inwestycyjna” oznaczają usługi lub działalność wymienioną w sekcji A załącznika I odnoszące się do wszelkiego rodzaju instrumentów wymienionych w sekcji C załącznika I. Załącznik I Sekcja A wśród działalności i usług inwestycyjnych w punkcie 5 wymienia zaś doradztwo inwestycyjne.

Podkreślić zatem należy, iż normy wyrażone w dyrektywie (...) oraz przepisach implementujących tę dyrektywę mogą wpływać na wykładnię umów, których przedmiotem jest świadczenie usług maklerskich, a także stosownych przepisów kodeksu cywilnego dotyczących sposobu wykonywania zobowiązań wynikających z tych umów (art. 354 oraz 355 k.c.) - przepisy publicznoprawne mogą stanowić wskazówkę przy interpretacji pojęcia „celu społeczno-gospodarczego zobowiązania” firmy inwestycyjnej wynikającego z umowy o świadczenie usług maklerskich, a także właściwych w tym zakresie zasad współzycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów (art. 354 k.c.). Przepis art. 354 k.c. w zw. z art. 83a ust. 3 u.o.i.f. stanowi bowiem podstawę normatywną dla określenia szczegółowej treści obowiązku działania przez firmę inwestycyjną w interesie swojego klienta i związanego z tym obowiązku lojalności. Sąd orzekający w sprawach dotyczących nienależytego wykonania zobowiązań umownych przez podmioty świadczące usługi maklerskie powinien brać zatem pod uwagę szczegółową treść obowiązków tych podmiotów wynikających z regulacji publicznoprawnych, a dotyczy to np. obowiązku wykonywania zleceń na warunkach najbardziej korzystnych dla klienta, a także czynników, które powinna brać pod uwagę firma inwestycyjna dla określenia miejsca wykonania zlecenia (zob.: „Cywilnoprawna ochrona inwestorów korzystających z usług maklerskich na rynku kapitałowym” pod red. Tomasza

Sójki). Jeszcze raz podkreślić należy, iż generalny obowiązek lojalności wynikający z przepisu art. 19 ust. 1 dyrektywy (...) uzupełnia i konkretyzuje obowiązki firmy inwestycyjnej wobec klienta zarówno w ramach łączącej ich relacji kontraktowej, jak i w stadium przedkontraktowym, a w kontekście obowiązków informacyjnych przedsiębiorstwa inwestycyjnego obowiązek profesjonalności przydatny jest jako źródło wymogu znajomości oferowanych produktów przez pracowników firm inwestycyjnych - adekwatna znajomość produktów oferowanych klientom, ryzyka, jakie produkty te wywołują dla klientów, a ponadto znajomość rynku oraz dalszych czynników kształtujących rynek określonych produktów finansowych, stanowi nie tylko faktyczną, ale i prawną przesłankę wykonania obowiązków eksploracyjnych i informacyjnych firmy inwestycyjnej. Na gruncie dyrektywy (...) generalny obowiązek działania w najlepiej pojętym interesie klienta jest więc wyraźnym ustawowym uzasadnieniem obowiązków natury informacyjnej wobec klienta, obowiązki te wpisują się tym samym w wiązkę obowiązków wynikających z pozycji odpowiadającej powierniczemu realizowaniu interesu drugiej strony umowy. Krytycznie przy tym oceniany jest sposób implementacji zasady wyrażonej w art. 19 ust. 1 dyrektywy (...) do prawa polskiego. Przepis art. 83a ust. 3 u.o.i.f. przewiduje, że firma inwestycyjna „jest obowiązana, świadcząc usługę maklerską, brać pod uwagę najlepiej pojęty interes klienta”; podnosi się, że termin „brać pod uwagę” nie stanowi adekwatnego oznaczenia treści powinnego zachowania się firmy inwestycyjnej na gruncie dyrektywy (...), albowiem zarówno w świetle prawa krajowego, jak w myśl wymogu dyrektywy (...) treścią obowiązku podmiotu pełniącego funkcję bliską powiernikowi jest „realizacja” najlepiej pojętego interesu mocodawcy, a nie zaledwie „uwzględnienie” tego interesu, bo do takiego wniosku skłaniać może terminologia przyjęta w polskiej ustawie (zob.: Tereskiewicz Piotr w: „Obowiązki informacyjne w umowach o usługi finansowe. Studium instrumentów ochronnych w prawie prywatnym i prawie unijnym”).

Co do obowiązków w zakresie wykonywania zleceń, a także czynników, które powinna brać pod uwagę firma inwestycyjna dla określenia miejsca wykonania zlecenia wskazać należy, że 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 (Dz. U. 2009 r., nr 204, poz. 1577) obowiązującego w lutym 2016 r., 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. Ust. 2 § 15 rozporządzenia stanowi, że 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. Zgodnie zaś z treścią § 16 ust. 1 powołanego rozporządzenia, przed zawarciem umowy o doradztwo inwestycyjne firma inwestycyjna zwraca się do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie podstawowych informacji dotyczących poziomu wiedzy o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych, doświadczenia inwestycyjnego, jego sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych niezbędnych do dokonania oceny, czy instrument finansowy będący przedmiotem oferowanej usługi maklerskiej lub usługa maklerska, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, są odpowiednie dla danego klienta, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację. Ust. 2 § 16 stanowił z kolei, że firma inwestycyjna świadcząca usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania portfelami, w skład których wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych, zwraca się do klienta lub potencjalnego klienta o przedstawienie informacji niezbędnych dla ustalenia, że przy należytym uwzględnieniu charakteru i zakresu świadczonej usługi określona transakcja, rekomendowana lub 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 klienta, biorąc pod uwagę posiadane przez niego doświadczenie i wiedzę. Zgodnie bowiem z § 16 ust. 5 powołanego rozporządzenia, firma inwestycyjna nie może świadczyć na rzecz klienta usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania portfelem, w skład którego wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych, jeśli nie uzyska informacji dotyczących: wiedzy i doświadczenia klienta lub potencjalnego klienta w dziedzinie inwestycji odpowiedniej do określonego

rodzaju instrumentu finansowego lub usługi maklerskiej, sytuacji finansowej klienta lub potencjalnego klienta, celów inwestycyjnych klienta lub potencjalnego klienta. § 47 ust. 1 rozporządzenia stanowił nadto, że firma inwestycyjna świadcząca usługi wykonywania zleceń jest zobowiązana do podjęcia wszelkich uzasadnionych działań w celu uzyskania możliwie najlepszych wyników dla klienta w związku z wykonaniem zlecenia, uwzględniając cenę instrumentu finansowego, koszty związane z wykonaniem zlecenia, czas zawarcia transakcji, prawdopodobieństwo zawarcia transakcji oraz jej rozliczenia, wielkość zlecenia, jego charakter lub inne aspekty mające istotny wpływ na wykonanie zlecenia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy uznać, że pozwany bank zarekomendował powodowi w ramach usługi doradztwa inwestycyjnego instrument finansowy o bardzo dużym ryzyku, to jest certyfikaty inwestycyjne. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje zaś podstaw do przyjęcia, by bank zrealizował przy tym choćby w podstawowym zakresie obowiązki ciążące na nim w myśl powołanych przepisów.

Z ustalonego w sprawie stanu faktycznego wynika, że powodowi zarekomendowano do nabycia certyfikaty inwestycyjne, które nie były rozpowszechniane poprzez ogólnodostępne kanały dystrybucji (zob. art. 52 dyrektywy Komisji 2006/73/WE z dnia 10 sierpnia 2006 r.) - zarekomendowano je w indywidualnej rozmowie pracownika banku z powodem i jego żoną, zaproszonymi do oddziału banku w związku z tym, że kończyła się umowa lokaty terminowej, co jednoznacznie świadczy o tym, że na to, iż tego rodzaju produkty oferowane były wybranym klientom banku co zresztą pracownik banku (...) podkreślała. Oznacza to, na banku ciążył obowiązek uzyskania od powoda podstawowych informacji dotyczących jego poziomu wiedzy o inwestowaniu, doświadczenia inwestycyjnego, sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych, tak aby móc dokonać oceny, czy oferowany produkt jest dla powoda odpowiedni. Zdaniem Sądu zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że bank zaniechał wykonania obowiązków wynikających z powołanych wyżej przepisów chociażby w podstawowym zakresie, a obowiązki wynikające z treści § 15 i 16 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 zostały zrealizowane jedynie w sposób formalny i pozorny w zakresie wiedzy o inwestowaniu w instrumenty finansowe oraz doświadczenia inwestycyjnego powoda.

Co prawda bowiem w dniu 24 lutego 2016 r. przeprowadzone zostało tzw. badanie profilu inwestycyjnego klienta w celu określenia profilu inwestycyjnego powoda i zarekomendowania mu najbardziej optymalnego rozwiązania inwestycyjnego, jednakże sposób jego przeprowadzenia budzi bardzo duże wątpliwości. Powód nie wypełniał bowiem własnoręcznie formularza; jego wypełnienie odbyło się w ten sposób, że A. S. zadawała powodowi pytania i zaznaczała udzielone przez powoda odpowiedzi w formularzu edytowanym na komputerze. Nadto z ocenionych jako wiarygodne zeznań powoda wynika, że system dwukrotnie „odrzucił” go powoda jako klienta, który może zainwestować w certyfikaty, gdyż z udzielanych przez niego odpowiedzi wynikało, że nie akceptuje on utraty jakiegokolwiek części środków oraz nigdy wcześniej nie inwestował w podobne produkty, nie miał żadnego doświadczenia z inwestycjami wiążącymi się z ryzykiem, w związku z czym A. S. skorygowała wówczas odpowiedzi, jakie zostały zaznaczone w badaniu profilu inwestycyjnego klienta. Nawet jednakże przy przyjęciu, że A. S. nie korygowała wypowiedzi powoda i nie wskazywała mu, jakich odpowiedzi powinien udzielić, by wynik przedmiotowej ankiety pozwalał na uznanie go za klienta mogącego zainwestować w certyfikaty, zauważyć należy, że A. S., jako pracownik banku od kilku lat sprawująca indywidualną pieczę nad finansami powoda, mogła i powinna zauważyć, że udzielane przez niego odpowiedzi w zakresie doświadczenia inwestycyjnego nie polegają na prawdzie. Do 2016 r. małżonkowie zgromadzili ponad 400 000 zł, przy czym dopiero od grudnia 2015 r. powód zaczął korzystać z innych produktów banku w postaci lokat terminowych; powodowi i jego żonie zależało przede wszystkim na bezpieczeństwie inwestycji, powód nigdy nie inwestował w inne instrumenty. Tymczasem w ostatecznej wersji formularza: w zakresie doświadczenia powoda w zakresie inwestowania w instrumenty finansowe zaznaczono odpowiedź, że ma on doświadczenie w inwestowaniu w różnego rodzaju instrumenty finansowe, w tym w instrumenty pochodne, w zakresie czasu, od którego inwestuje w instrumenty finansowe zaznaczono odpowiedź, że od 1 do 5 lat, a w zakresie zainwestowanej w te instrumenty kwoty wskazano kwotę 300 000 zł.

W dalszej części badania profilu inwestycyjnego klienta (punkty 15. i 16.) w odniesieniu do celu inwestycji i preferencji powoda, powód wskazał, że nie akceptuje ryzyka utraty nawet niewielkiej części zainwestowanego kapitału (mając przy tym do wyboru odpowiedzi: oczekuję znacznych zysków z inwestycji przy świadomości ryzyka utraty istotnej części zainwestowanego kapitału, oczekuję zysków z inwestycji przewyższających oprocentowanie lokat bankowych przy świadomości ryzyka utraty części zainwestowanego kapitału oraz nie akceptuję ryzyka utraty nawet niewielkiej części zainwestowanego kapitału), a w odniesieniu do inwestycji jaki horyzont czasu jest w stanie zaakceptować wskazał, że nie dłużej niż rok (mając do wyboru odpowiedzi: nie dłużej niż rok, nie dłużej niż trzy lata, powyżej trzech lat). Potwierdzeniem odpowiedzi udzielonych przez powoda w punktach 15. i 16. był przebieg spotkania powoda i jego żony z pracownikiem banku, w trakcie którego małżonkowie N. podkreślali, że nie akceptują inwestycji w produkty, z którymi może wiązać się utrata zgromadzonych oszczędności oraz że inwestycja nie może być długoterminowa. Pracownik banku uzyskał zatem z przeprowadzonego badania profilu inwestycyjnego klienta oraz z rozmowy z powodem i jego żoną tego rodzaju informacje, które powinny skłonić go do uznania, że preferencje powoda wykluczają uznanie, że certyfikaty inwestycyjne są odpowiednie dla powoda, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację, a tym samym że nie ma podstaw do zaoferowania mu certyfikatów. Powoda interesowało bowiem jedynie inwestowanie w instrumenty finansowe posiadające pełną gwarancję ochrony kapitału, a 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. Podkreślić należy, że dla oceny prawidłowości działania banku nie ma znaczenia fakt, że powód otrzymał tzw. kartę funduszu, w której treści wskazano m.in. (drobnym drukiem), że dokument ten służy jedynie celom informacyjnym i nie stanowi oferty, oferty publicznej, rekomendacji ani usługi doradztwa prawnego, podatkowego, finansowego lub inwestycyjnego związanego z inwestowaniem w jakiekolwiek papiery wartościowe i nie może stanowić podstawy do podjęcia decyzji o dokonaniu jakiegokolwiek inwestycji w papiery wartościowe, ani też że powód w dokumencie formularza zapisu na certyfikaty formalnie potwierdził, że znane mu są treść Statutu funduszu oraz warunki emisji oraz że zna istotę instrumentów finansowych i ryzyko związane z inwestowaniem w te instrumenty, a także że warunki emisji certyfikatów inwestycyjnych serii A13 opisywały czynniki ryzyka.

Ponownie należy podkreślić, że pozwany po uzyskaniu od powoda informacji dotyczących jego poziomu wiedzy o inwestowaniu, doświadczenia inwestycyjnego, celów inwestycyjnych (oszczędzanie na zakup nieruchomości dla celów mieszkalnych po powrocie do Polski), a zatem powzięciu wiedzy, że powód nie akceptuje jakiegokolwiek ryzyka utraty kapitału, w ogóle nie powinien zarekomendować powodowi nabycia tego rodzaju papierów wartościowych. Nawet zaś jeżeli sam powód wyraziłby wolę ich nabycia, to wobec oczekiwań powoda co do gwarancji pełnej ochrony kapitału, obowiązkiem pracownika banku było zarekomendowanie powodowi nieskorzystania z tego typu produktu. Brak takiej negatywnej rekomendacji co do inwestycji w certyfikaty stanowi nienależyte wykonanie przez bank zawartej z powodem umowy o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego (zob.: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 grudnia 2019 r., V ACa 184/19, Lex nr 2763919; wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 7 stycznia 2021 r., I C 524/20, Lex nr 3118263).

Oceny działania banku nie zmienia w żadnej mierze fakt, że powód podpisał oświadczenie (o treści przygotowanej zresztą przez bank), zgodnie z treścią którego został poinformowany, iż certyfikaty inwestycyjne Funduszy Inwestycyjnych Zamkniętych ((...)) są instrumentami finansowymi, które mogą charakteryzować się ograniczoną płynnością, w związku z powyższym przed podjęciem ostatecznej decyzji inwestycyjnej (...) Banku rekomenduje dokładne zapoznanie się z dokumentami informacyjnymi funduszy, a w szczególności zwrócenie uwagi na warunki wykupu certyfikatów, Biuro (...) przestrzega przed inwestowaniem w (...) klientów z krótkim horyzontem inwestycyjnym oraz klientów nieposiadających doświadczenia inwestycyjnego, a inwestowanie w instrumenty finansowe wiąże się z ryzykiem poniesienia straty, inwestycja w (...) nie jest przeznaczona dla klientów nieakceptujących ryzyka utraty nawet niewielkiej części zainwestowanego kapitału. W sprawie nie zostało bowiem wykazane, by bank faktycznie udzielił powodowi rzetelnych i wyczerpujących informacji co do kwestii ryzyka związanego z inwestowaniem w certyfikaty funduszu, choć bank jako profesjonalista powinien wykonać ciążący na nim obowiązek informacyjny w sposób jednoznaczny i zrozumiały, unaoczniając konsumentowi, który z reguły posiada elementarną znajomość rynku finansowego, że inwestowanie w tego rodzaju produkt jest bardzo ryzykowne.

Tymczasem pracownik banku (...) nie tylko nie udzieliła takich rzetelnych informacji powodowi, ale wskazała małżonkom, że produkt ten jest prawie tak samo bezpieczny, jak lokata terminowa, natomiast zysk jest wyższy, niż na lokacie terminowej, wspomniała, że inwestycja wiąże się z pewnym ryzykiem utraty środków, jednocześnie uspokajając małżonków, że ryzyko jest niewielkie, gdyż Fundusz inwestuje w nieruchomości leśne, inwestycja jest bezpieczna, jest to nowy produkt, inwestują w niego ludzie zamożni, w większości środowisko bankowe (w tym dyrektor oddziału w K.), inwestycja już przynosi zyski, a z uwagi na czas, na jaki małżonkowie byli gotowi zainwestować pieniądze wskazała, że co do zasady zainwestowane pieniądze będą mogli odzyskać po 2 latach, jednakże ten konkretny Fundusz przewiduje możliwość wypłaty już w marcu 2017 r. Nadto postawiła ona powoda pod presją czasu wskazując, że musi szybko on szybko podjąć decyzję, gdyż przyjmowanie zapisów na certyfikaty zakończy się w dniu 24 lutego 2016 r. (strony spotkały się w dniu 23 lutego, a w dniu 24 lutego powód podpisał przygotowane dokumenty).

Wskazać w tym miejscu należy, iż zobowiązania firmy inwestycyjnej, a więc i pozwanego banku świadczącego usługi doradztwa inwestycyjnego, są zobowiązaniami starannego działania, a nie określonego rezultatu (zob.: wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 stycznia 2011 r., I ACa 989/10, Lex nr 898675). Dotyczyć to może jednakże sytuacji, gdy firma ta obowiązki swe w zakresie zawartej umowy wykonuje prawidłowo, w tym przypadku – gdyby bank prawidłowo wykonywał umowę o świadczenie usługi doradztwa inwestycyjnego, co jednakże – jak już wyżej wskazano – nie miało miejsca.

Co do szkody wskazać należy, iż pojęcie to nie zostało zdefiniowanej w ustawie, na podstawie jednakże reguł języka powszechnego oraz niektórych szczególnych przepisów prawnych, najogólniej można stwierdzić, że określenie to odnosi się do wszelkich uszczerbków w dobrach lub interesach prawnie chronionych, których poszkodowany doznał wbrew swojej woli (w odróżnieniu od uszczerbków, które zachodzą zgodnie z wolą samego zainteresowanego). W obrębie ogólnego pojęcia szkody wyróżnia się zaś dwie jej kategorie, a mianowicie szkodę majątkową i niemajątkową, przy czym mianem szkody majątkowej oznacza się uszczerbek w dobrach majątkowych - uwarunkowanych bezpośrednio interesem ekonomicznym, których wartość jest możliwa do wyrażenia w pieniądzu.

Zgodnie z treścią przepisu art. 361 § 1 k.c. zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Unormowanie zawarte w § 1 art. 361 k.c. opiera się na założeniach teorii przyczynowości adekwatnej; zgodnie z tą teorią związek przyczynowy zachodzi tylko wtedy, gdy w zestawie wszystkich przyczyn i skutków mamy do czynienia jedynie z takimi przyczynami, które normalnie powodują określone skutki. Normalnym zaś następstwem nienależytego wykonania umowy (która wykonana należycie, polegałaby na udzieleniu powodowi rekomendacji nienabywania certyfikatów funduszu inwestycyjnego), było zlecenie przez powoda nabycia w jego imieniu certyfikatów inwestycyjnych serii A13 Funduszu (...) L. Polskie – istnieje zatem związek przyczynowy w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. pomiędzy zawarciem umowy doradztwa inwestycyjnego i jej nienależytym wykonaniem, a szkodą poniesioną przez powoda, opisane wyżej błędy i niejasności w przekazanych powodowi przez pozwanego banku informacjach mogły wywoływać mylne wyobrażenie powoda co do charakteru nabywanego przez niego produktu finansowego, pozwany bank nie udowodnił zaś żadnych okoliczności, które mogłyby skutkować zwolnieniem go z tej odpowiedzialności.

Stwierdzić zatem należy, iż pozwany bank co do zasady odpowiada za szkodę wyrządzoną powodowi z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania.

Dodatkowo wskazać należy, iż w ocenie Sądu wyżej opisane nieprawidłowości w działaniach pozwanego noszą znamiona bezprawności w rozumieniu art. 415 k.c. w zw. z art. 430 i zostały zawinione przez pozwanego. Zgodnie z treścią art. 415 k.c., kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia. Art. 430 k.c. stanowi z kolei, iż kto na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie, która przy wykonywaniu tej czynności podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazówek, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną z winy tej osoby przy wykonywaniu powierzonej jej czynności. Aby czyn stał się deliktem, musi być więc bezprawny i zawiniony. Jako pierwsza musi być badana przesłanka bezprawności, gdyż ustalenie jej braku czyni bezprzedmiotowym rozważanie winy. Bezprawność zaś to ujemna ocena zachowania się podmiotu, który naruszył pewien ogólny obowiązek, obowiązek wynikający z norm prawnych o charakterze abstrakcyjnym, to czyn sprzeczny

z obowiązującym porządkiem prawnym; bezprawność to sprzeczność zachowania się sprawcy z przepisami prawa zawartymi w różnych jego gałęziach oraz z zasadami współzycia społecznego. W okolicznościach niniejszej sprawy nie może zaś ulegać wątpliwości, że nieprawidłowości w działaniach pozwanego banku naruszały szereg przepisów o randze ustawy oraz przepisów powołanego wyżej rozporządzenia, a zatem zachowanie się strony pozwanej ocenić należy jako bezprawne. Nadto zauważyć należy, iż zachowanie bezprawne w rozumieniu art. 415 k.c., .to nie tylko zachowanie stanowiące naruszenie norm zawartych w przepisach prawa stanowionego przez ustawodawcę, ale także naruszenie zasad współzycia społecznego. Powód w niniejszej sprawie podnosił zaś, że pozwany bank stosował nieuczciwe praktyki rynkowe.

Zgodnie zaś z treścią art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (**zwaną dalej u.p.n.p.r.**, dalej w brzmieniu obowiązującym w lutym 2016 r.), praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Natomiast zgodnie z ust. 2 zdanie pierwsze tego przepisu za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk. Praktyki te nie podlegają ocenie w świetle przesłanek określonych w ust. 1. :od pojęciem „dobrych obyczajów” należy rozumieć normy zwyczajowe i moralne, jakimi powinien kierować się przedsiębiorca w prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, taki stopień staranności i fachowości, jakiego należy oczekiwać zgodnie z przyjętymi zwyczajowo regułami w danej branży - istota „dobrego obyczaju” może wyrażać się w szczególności we właściwym i rzetelnym informowaniu konsumenta o przysługujących mu uprawnieniach, istnieniu ryzyka związanego z przedsiębrana czynnością czy też nienadużywaniu mocniejszej pozycji rynkowej, a za oczywiście sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać z kolei niedoinformowanie konsumentów, wywoływanie u nich stanu dezorientacji i presji, wykorzystywanie niewiedzy i braku doświadczenia. Co do drugiej przesłanki w posytaci istotnego zniekształcenia zachowania rynkowego konsumenta wskazać należy, że chodzi o sytuacje, w których doszło do wykorzystania praktyki rynkowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go do dokonania transakcji, której w innej sytuacji by nie dokonał. Art. 5 ust. 1 u.p.n.p.r. stanowi, iż praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął, zgodnie zaś z ust. 2 powołanego przepisu, wprowadzającym w błąd działaniem może być w szczególności: rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji, rozpowszechnianie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzać w błąd, działanie związane z wprowadzeniem produktu na rynek, które może wprowadzać w błąd w zakresie produktów lub ich opakowań, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych oznaczeń indywidualizujących przedsiębiorcę lub jego produkty, w szczególności reklama porównawcza w rozumieniu art. 16 ust. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk. Nadto zgodnie z art. 6 ust. 1 u.p.n.p.r., praktykę rynkową uznaje się za zaniechanie wprowadzające w błąd, jeżeli pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. Zdaniem Sądu zachowania pracownika pozwanego banku (...) w postaci przedstawienia powodowi propozycji nabycia certyfikatów funduszu inwestycyjnego w sposób sugerujący istnienie jedynie zalet tego rozwiązania, niepoinformowanie powoda o istniejącym ryzyku związanym z inwestowaniem w tego rodzaju instrumenty finansowe, a także wytworzenie u powoda uczucia presji czasu związanej z koniecznością natychmiastowego podjęcia decyzji należy zakwalifikować jako nieuczciwą praktykę rynkową w rozumieniu art. 4 u.p.n.p.r. Pracownik pozwanego banku wytworzył bowiem u powoda przekonanie o bezpiecznym ulokowaniu środków pieniężnych z wysokim zyskiem, proponując zastąpienie dotychczasowej formy lokowania pieniędzy w postaci lokaty bankowej obciążonymi znacznie większym ryzykiem inwestycyjnym certyfikatami funduszu inwestycyjnego, nadto zaś do podjęcia decyzji przez powoda doszło w pośpiechu z uwagi na wskazanie przez pracownika banku, że propozycja nabycia jest aktualna tylko do dnia 24 lutego 2016 r., co zdaniem Sądu świadczy o tym, że zachowanie rynkowe powoda uległo zniekształceniu i bez takowego działania ze strony pozwanego powód nie

zdecydowałby się na zakup certyfikatów. Nadto informacje udzielone powodowi wprost wypełniają dyspozycję przepisu art. 5 ust. 2 pkt. 1 u.p.n.p.r., gdyż powód został poinformowany, że produkt jest tak samo bezpiecznym jak lokata bankowa, a inwestowane przez powoda środki są objęte gwarancją. Powołać również należy przepis art. 24 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (w brzmieniu obowiązującym w lutym 2016 r.) zgodnie z którym zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, a przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy, w szczególności między innymi naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji oraz nieuczciwe praktyki rynkowe. Przepis ten dotyczy praktyki tzw. misselingu („chybionej sprzedaży”), czyli proponowania konsumentom nabycia usług finansowych, które nie odpowiadają potrzebom tych konsumentów ustalonym z uwzględnieniem dostępnych przedsiębiorcy informacji w zakresie cech tych konsumentów lub proponowanie nabycia usług finansowych w sposób nieadekwatny do charakteru tych usług. W ramach praktyki misselingu konsument jest świadomie wprowadzany w błąd przez przedsiębiorcę poprzez przekazywanie niepełnych bądź nieprawdziwych informacji na temat zakupu i funkcjonowania nabywanych instrumentów, oznacza proponowanie klientom takich produktów, które w żadnym stopniu nie są odpowiedzią na ich potrzeby – w tym przypadku zaproponowanie powodowi, który oczekiwał przede wszystkim bezpieczeństwa lokowanych środków, produktu o wysokim ryzyku inwestycyjnym, przy braku faktycznego i rzetelnego poinformowania konsumenta co do stopnia ryzyka oraz struktury portfela inwestycyjnego.

Takie zachowanie, jako zachowanie stanowiące nieuczciwą praktykę rynkową, narusza dobre obyczaje i jako takie jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, a zatem bezprawne i tym samym uzasadnia odpowiedzialność pozwanego wobec powoda także na podstawie art. 415 k.c. w zw. z art. 430 k.c. (por.: uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 stycznia 2021 r., XXV C 2590/19, Lex nr 3126813; uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 20 lipca 2020 r., I C 784/19, Lex nr 3105596; uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 sierpnia 2021 r., IC 1297/19, Lex nr 3240381).

Zdaniem Sądu wątpliwości nie budzi również wina pozwanego banku, albowiem jego pracownik świadomie nie dopełnił obowiązków obciążających bank, a wynikających z przepisów prawa co do sposób działania wobec klienta, przedstawił powodowi niepełne bądź nieprawdziwe informacje na temat przedstawionej mu oferty (w szczególności w zakresie ryzyka i gwarancji odzyskania zainwestowanych środków) oraz pozostawił bardzo krótki czas na podjęcie decyzji; strona pozwana wykorzystała swoją szczególną pozycję jako instytucji zaufania publicznego w relacji z powodem jako konsumentem, w celu nakłonienia powoda do zainwestowania w produkt absolutnie niedostosowany do jego potrzeb, a wręcz pozostający z tymi potrzebami w sprzeczności. Zdaniem Sądu przekazanie powodowi rzetelnych informacji na temat certyfikatów inwestycyjnych, w szczególności w zakresie ryzyka, wykluczyłoby zainteresowanie powoda tą ofertą, biorąc pod uwagę preferowany przez niego model inwestowania, pracownik pozwanego banku, jako przedsiębiorcy działającego profesjonalnie na rynku finansowym i instytucji zaufania publicznego, musiał mieć zaś świadomość różnicy pod względem bezpieczeństwa inwestycji pomiędzy lokatą bankową a certyfikatami inwestycyjnymi. Nie sposób więc uznać, iż powodowi zaoferowano inwestycję w certyfikaty mając na uwadze jego najlepiej pojmowany interes. Jak zaś już wyżej wskazano, pomiędzy zachowania mi strony pozwanej a szkodą poniesioną przez powoda istnieje również adekwatny związek przyczynowy – powód udał się do banku celem założenia lokaty, tak jak to czynił dotychczas, nie był profesjonalnym inwestorem, był nastawiona na nabywanie produktów finansowych charakteryzujących się niskim stopniem ryzyka, z uwagi na sytuację zawodową i rodzinną (kończące się umowy w Irlandii, ciąża żony) nie był również zainteresowany inwestycjami długoterminowymi, a decyzję o nabyciu certyfikatów inwestycyjnych podjął wyłącznie pod wpływem rekomendacji pracownika banku, kierując się zaufaniem do niego i do banku jako instytucji zaufania publicznego.

Co do wysokości szkody wskazać należy, iż zgodnie z treścią przepisu art. 361 § 2 k.c., w powyższych granicach (tj. wynikających z § 1 art. 361 k.c.), w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. powyższy przepis jest podstawową regułą określającą zakres indemnizacji szkody majątkowej i uznawany jest za przejaw aprobaty ustawodawcy dla obowiązku pełnego kompensowania szkody majątkowej zarówno

w zakresie straty, jak i utraconych korzyści. Zgodnie bowiem z treścią § 2 art. 361 k.c. uszczerbek dotyczący poszkodowanego może wystąpić w dwóch postaciach: straty, która poniósł w wyniku zdarzenia (*damnum emergens*) oraz niezyskanych korzyści (*lucrum cessans*). Strata (*damnum emergens*) obejmuje zmniejszenie aktywów lub zwiększenie pasywów poszkodowanego, a więc rzeczywisty uszczerbek w majątku należącym do niego w chwili zdarzenia, za które odpowiedzialność została przypisana oznaczonemu podmiotowi, natomiast utracone korzyści (*lucrum cessans*) obejmują tę część majątku poszkodowanego, o którą się jego aktywa nie powiększyły lub pasywa nie zmniejszyły, a skutek ten nastąpiłby, gdyby nie owo zdarzenie sprawcze, za które odpowiedzialność została przypisana oznaczonemu podmiotowi.

Jeżeli chodzi o sposób określenia wysokości szkody majątkowej, to doktryna i judykatura zgodnie wskazują na metodę dyferencyjną (różnicową); jej zastosowanie metody polega na tym, że porównuje się dwie wartości: rzeczywisty stan majątku poszkodowanego istniejący po zdarzeniu, z którego szkoda wynikła, z hipotetycznym stanem majątku poszkodowanego, który istniałby, gdyby owo zdarzenie nie nastąpiło - wysokość szkody jest różnicą pomiędzy wartością tych stanów majątkowych.

Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, powód zainwestował łączną kwotę 204 281,93 zł, w tym kwotę 200 276,40 zł tytułem kosztów nabycia 212 certyfikatów inwestycyjnych po cenie emisyjnej za 1 certyfikat wynoszącej 944,70 zł oraz kwotę 4 005,53 zł tytułem opłaty manipulacyjnej za wydanie certyfikatów.

Zdaniem Sądu, w okolicznościach niniejszej sprawy, szkodą powoda jest utrata powyższych środków zainwestowanych w nabyte i niewykupione certyfikaty inwestycyjne Funduszu L. Polskie, albowiem nie zostało w sprawie wykazane, aby istniały aktualnie jakiegokolwiek szanse na odzyskanie przez powoda zainwestowanego kapitału. Sąd nie podziela w tym zakresie poglądu pozwanego banku, zgodnie z którym punktem wyjścia dla ustalenia szkody powoda jest różnica pomiędzy kwotą zainwestowaną w certyfikaty, a ich wartością na dzień ustalenia wysokości szkody, to jest na dzień orzeczenia sądu oraz że szkoda dochodzona przez powoda ma postać szkody hipotetycznej, nie jest szkodą pewną (odpowiedź na pozew k. 154 - 156).

Istotnie, z dniem 23 lutego 2018 r. otwarta została likwidacja funduszu inwestycyjnego (...) L. Polskie i zgodnie ze sprawozdaniem finansowym przygotowanym przez likwidatora, którym jest (...) Bank (...) S.A. Oddział w Polsce, na dzień otwarcia likwidacji została oszacowana wartość aktywów netto Funduszu rozumiana jako wartość aktywów Funduszu skorygowana o zobowiązania i przy uwzględnieniu liczby wyemitowanych certyfikatów 162 642, wartość aktywów netto przypadająca na jeden certyfikat inwestycyjny wyniosła 338,35 zł.

Zdaniem Sądu ustalenia wysokości szkody poniesionej przez powoda nie można jednakże dokonywać w oderwaniu od jasno i jednoznacznie wyrażonych przez powoda oczekiwań co do podejmowanej inwestycji. Jak już wielokrotnie wyżej wskazywano, w trakcie wizyty w oddziale pozwanego banku powód kilkakrotnie podkreślał, że nie akceptuje inwestycji w produkty, z którymi może wiązać się utrata zgromadzonych oszczędności oraz że inwestycja nie może być długoterminowa, gdyż w maju kończą im się kontrakty w Irlandii, a jego żona powoda jest w ciąży. A. S. wskazała wówczas małżonkom, że pieniądze zainwestowane w proponowany produkt będą mogli odzyskać co do zasady po 2 latach, choć ten konkretny Fundusz inwestycyjny przewiduje również możliwość wypłaty już w marcu 2017 r. (potwierdzeniem tego akurat twierdzenia pracownika banku była treść art. 20 ust. 1 statutu funduszu (...) L. Polskie, zgodnie z którym Fundusz dokonuje wykupu certyfikatów w każdym dniu wykupu, na żądanie uczestnika, przy czym poczynając od serii A12 wszystkie kolejne certyfikaty wyemitowane przez fundusz mogą być wykupywane przez Fundusz w dniach wykupu przypadających po okresie nie krótszym niż 12 miesięcy od daty emisji danego certyfikatu serii A12 i kolejnych, a z chwilą wykupienia przez Fundusz certyfikaty są umarzone z mocy prawa).

Powyższe twierdzenia powoda jednoznacznie potwierdza treść formularza tzw. badania profilu klienta, gdzie w punkcie 15 w odniesieniu do celu inwestycji powód zaznaczył odpowiedź, że nie akceptuje ryzyka utraty nawet niewielkiej części zainwestowanego kapitału, a w punkcie 16., że jest w stanie zaakceptować horyzont inwestycji wynoszący rok. Skoro tak, to pozwany bank winien zaproponować powodowi produkt spełniający przede wszystkim te dwa kryteria, jako najważniejsze dla powoda.

Jak zaś wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, w dniu 27 września 2017 r. powód złożył w oddziale A. Banku w K. pisemne żądanie wykupu certyfikatów inwestycyjnych emitowanych przez L. Polskie Fundusz Inwestycyjny Zamknięty Aktywów Niepublicznych serii A13 w ilości 212 certyfikatów, wskazując jako dzień wykupu 31 grudnia 2017 r., jednakże certyfikaty nie zostały wykupione, a powód do chwili obecnej nie odzyskał żadnej części zainwestowanych w nie środków.

Skoro więc nabywając przedmiotowe certyfikaty powód kierował się względami bezpieczeństwa, nie chciał, aby z tą inwestycją było związane ryzyko utraty środków finansowych, albowiem czynił oszczędności celem zaspokojenia sobie i swojej rodzinie potrzeb mieszkaniowych po powrocie z Irlandii do Polski, należy więc uznać, że gdyby powodowi zostały przedstawione przez pracownika pozwanego banku prawdziwe i pełne informacje co do przedmiotu spornej transakcji, w tym w szczególności ryzyka związane z tego rodzaju inwestycją, to powód nie dokonałby tej transakcji (zapewne tak jak dotychczas ulokowałby oszczędności na lokacie terminowej) i tym samym nie utraciłby zainwestowanego kapitału w kwocie 204 281,93 zł.

Podkreślić należy, iż fakt, że samo zrealizowanie roszczenia powoda z tytułu wykupu certyfikatów inwestycyjnych oraz wysokość uzyskanej z tego tytułu kwoty uznać można jedynie za zdarzenie przyszłe i niepewne. Likwidacja funduszu inwestycyjnego (...) L. Polskie otwarta w dniu 23 lutego 2018 r. jest bowiem prowadzona nadal i nic nie wskazuje, by miała się ona zakończyć w rozsądnym czasie, nie mówiąc już o czasie najbliższym. Likwidator Funduszu informując o dacie otwarcia likwidacji oraz o wartości aktywów netto Funduszu przypadających na jeden certyfikat zastrzegł jednocześnie, że przeprowadzone analizy bazują na niepełnej dokumentacji dotyczącej spółek oraz ograniczonym dostępie do kadry zarządzającej niektórych analizowanych podmiotów, co może mieć wpływ na rzeczywistą wartość transakcyjną aktywów Funduszu, a ostateczna wartość aktywów netto Funduszu stanowiąca rezultat likwidacji obarczona jest dużym poziomem niepewności i może istotnie się różnić od wskazanych wyników oszacowania wartości aktywów netto Funduszu. Zdaniem Sądu dopiero zaś fakt rzeczywistego spełnienia świadczenia wobec powoda mógłby stanowić podstawę do odpowiedniego zmniejszenia odszkodowania dochodzonego przez powoda w niniejszym procesie, aktualnie brak jest jednak podstaw do uznania, że doszło do pomniejszenia szkody powoda. Zgodnie zaś z treścią przepisu art. 316 § 1 k.p.c., po zamknięciu rozprawy Sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Szkodą powoda jest więc utrata środków (kapitału) za nabyte i niewykupione certyfikaty inwestycyjne, bowiem nie zostało w sprawie wykazane, aby istniały jakiegokolwiek szanse na ich wykup przez emitenta, a sam fakt otwarcia likwidacji Funduszu nie może stanowić podstawy do oddalenia powództwa, ani też podstawy do zawieszenia niniejszego postępowania (o co zresztą żadna ze stron w niniejszej sprawie nie wnosiła). Podzielenie zaś poglądu, że roszczenie powoda jest przedwczesne z uwagi na otwarcie likwidacji funduszu (...) L. Polskie prowadziłyby do sytuacji, w której możliwość zaspokojenia roszczenia powoda miałyby iluzoryczny charakter.

O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 481 k.c. w zw. z art. 455 k.c. Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, powód pismem z dnia 13 sierpnia 2019 r. złożył w pozwanym Banku reklamację dotyczącą przedmiotowej umowy i wezwał bank do zapłaty na jego rzecz łącznej kwoty 204 281,93 zł, w terminie 14 dni od dnia otrzymania pisma, a pismo to doręczone zostało stronie pozwanej w dniu 16 sierpnia 2019 r. Wskazany w piśmie powoda 14-dniowy termin upłynął więc w dniu 30 sierpnia 2019 r., a zatem od dnia 31 sierpnia 2019 r. strona pozwana pozostaje w opóźnieniu ze spełnieniem świadczenia na rzecz powoda, pod tej więc daty zasądzone zostały na rzecz powoda odsetki ustawowe za opóźnienie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w punkcie I wyroku.

Stosownie do treści przepisu art. 98 § 1 k.p.c. strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata zalicza się wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż stawki opłat określone w odrębnych przepisach i wydatki jednego adwokata, koszty sądowe oraz koszty nakazanego przez sąd osobistego stawiennictwa strony (art. 98 § 3 k.p.c.). Zgodnie zaś z treścią przepisu art. 99 k.p.c., stronom

reprezentowanym przez radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej zwraca się koszty w wysokości należnej według przepisów o wynagrodzeniu adwokata.

Mając zatem na uwadze powyższe przepisy, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, zasądzono na rzecz powoda, który wygrał sprawę w całości, od strony pozwanej 11 917 zł tytułem kosztów procesu. Na koszty procesu poniesione przez powoda złożyły się:

- kwota 1 000 zł tytułem opłaty od pozwu (k. 26),

- kwota 17 zł od dokumentu pełnomocnictwa,

- kwota 100 zł tytułem opłaty od wniosku o sporządzenie uzasadnienia postanowienia z dnia 12 sierpnia 2020 r. (k. 223), zaliczona następnie na poczet opłaty od zażalenia powoda – Sąd I instancji postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2020 r. stwierdził swą niewłaściwość miejscową w wyniku podniesienia zarzutu przez stronę pozwaną, jednakże na skutek zażalenia powoda Sąd Apelacyjny w Krakowie postanowieniem z dnia 1 lutego 2021 r. zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że uchylił je w całości; przyjęc zatem należy, że opłata w kwocie 100 zł stanowiła po stronie powoda koszt niezbędny do celowego dochodzenia swoich praw;

- kwota 10 800 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika będącego radcą prawnym, ustalona stosownie do treści przepisu § 2 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

SSO Katarzyna Latała