

**Sygn. akt VI ACa 714/18**

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 12 lutego 2020 r.**

**Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:**

**Przewodniczący - Sędzia SA Maciej Kowalski**

**Sędziowie: SA Ksenia Sobolewska - Filcek**

**SA Małgorzata Kuracka (spr.)**

**Protokolant: Patryk Pałka**

po rozpoznaniu 12 lutego 2020 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawie z powództwa M. C.

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

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 18 lipca 2018 r., sygn. akt XXV C 1620/16

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:

1. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz M. C. kwotę 96.188,59 zł (dziewięćdziesiąt sześć tysięcy sto osiemdziesiąt osiem złotych 59/100) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 6 kwietnia 2016 roku do dnia zapłaty;

2. w pozostałej części powództwo oddala,

3. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz M. C. kwotę 12.010 zł (dwanaście tysięcy dziesięć złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. w pozostałej części apelację oddala;

III. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz M. C. kwotę 8860 zł (osiem tysięcy osiemset sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

VIACa 714/18

## UZASADNIENIE

Powód M. C. żądał zasądzenia na swoją rzecz od pozwanego (...) SA w W. kwoty 96 188,59 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od 14 stycznia 2015 roku do dnia zapłaty oraz kosztami procesu .

Pozwany (...) SA w W. wnosił o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania.

**Wyrokiem z dnia 18 lipca 2018r.** Sąd Okręgowy w Warszawie powództwo oddalił i stosownie do tego orzekł o kosztach procesu.

Rozstrzygnięcie Sądu zapadło na podstawie następujących ustaleń.

W dniu 28 lutego 2014 roku powód zawarł z pozwanym (...) SA w W. (...) umowę o świadczenie usług maklerskich i brokerskich. W ramach Umowy pozwany zobowiązał się za wynagrodzeniem w postaci opłat i prowizji do świadczenia usług i wykonywania czynności, określonych w „Regulaminie świadczenia przez (...) SA usług maklerskich i brokerskich oraz prowadzenia rachunków papierów wartościowych i rachunków pieniężnych” (Regulamin), w szczególności do przyjmowania i wykonywania w imieniu pozwanego na rachunek powoda zleceń nabycia lub zbycia maklerskich instrumentów finansowych w obrocie regulowanym lub w alternatywnym systemie obrotu (§ 1 ust. 2 i 3 umowy). Zgodnie z § 2 Umowy pozwany zobowiązał się do przyjmowania w miejscach określonych w Uchwale Zarządu pozwanego, na warunkach określonych w regulaminie lub zgodnie z nim, dyspozycji i zleceń składanych osobiście przez powoda lub jego pełnomocnika. W sprawach nieuregulowanych w Umowie zastosowanie znajduje Regulamin, który określa w szczególności tryb i warunki świadczenia usług i wykonywania czynności określonych w regulaminie (§ 1 ust. 1 umowy). W § 3 Umowy powód oświadczył, że otrzymał Regulamin oraz że przed zawarciem umowy pozwany przekazał powodowi sporządzone na podstawie Rozporządzenia Ministra (...)z dnia 28 grudnia 2005 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych oraz banków powierniczych szczegółowe informacje dotyczące pozwanego oraz usługi, która ma być świadczona na podstawie umowy. Regulamin określa, że (...) może zawrzeć z klientem umowę świadczenia usług maklerskich i brokerskich (Umowa brokerska) lub umowę o świadczenie usług polegających na wykonywaniu zleceń nabycia lub zbycia derywatów (Umowa o derywaty) (§2 pkt 27-29 Regulaminu – regulamin k. 23-33). Zgodnie z § 4 ust. 1 Regulaminu klient udziela (...) pełnomocnictwa do wykonywania wszelkich czynności faktycznych i prawnych ujętych w Regulaminie i umowie oraz na warunkach w nich określonych, w szczególności do składania i wykonywania zleceń w oparciu i zgodnie z treścią zleceń składanych przez klienta na podstawie umowy i Regulaminu oraz do wszelkich czynności związanych z ich realizacją oraz przelewu środków pieniężnych z rachunku pieniężnego oraz wykonywania innych czynności na podstawie i w zakresie dyspozycji złożonych przez klienta. Zgodnie z § 6 Regulaminu przed zawarciem z klientem umowy o świadczenie usług (...) zwraca się do klienta o przedstawienie informacji niezbędnych do dokonania oceny poziomu jego wiedzy dotyczącej inwestowania w instrumenty finansowe oraz doświadczenia inwestycyjne w celu dokonania oceny, czy instrument finansowy lub usługa maklerska, która ma być świadczona klientowi są dla tego klienta odpowiednie. W przypadku oceny, że są one nieodpowiednie klient jest o tym informowany. W związku z zawarciem Umowy brokerskiej (...) prowadzi dla klienta rachunek papierów wartościowych i rachunek pieniężny (§20 ust. 1 w zw. z §2 pkt 19 Regulaminu). Rachunek papierów wartościowych klienta służy do rejestrowania zdematerializowanych instrumentów finansowych klienta, w tym również derywatów (§24 ust.1 Regulaminu). (...) dokonuje zapisów na rachunku papierów wartościowych klienta m.in. w przypadku wystawienia zlecenia sprzedaży/zbycia instrumentów finansowych zapisanych na tym rachunku, wykonania zlecenia kupna/nabycia lub sprzedaży/zbycia instrumentów finansowych (§24 ust.2 Regulaminu).Rachunek pieniężny klienta służy do obsługi rachunku papierów wartościowych klienta i są na nim zapisywane środki pieniężne klienta, które między innymi mogą być przeznaczone na wykonywanie dyspozycji lub zleceń klienta (§25 ust. 1 Regulaminu). Pracownicy (...) mogą udzielać klientom porad inwestycyjnych o charakterze ogólnym dotyczących inwestowania w instrumenty finansowe, jednakże zakazane jest udzielanie porad inwestycyjnych w formie rekomendacji zachowania inwestycyjnego odnośnie do skonkretyzowanego instrumentu finansowego (§33 ust.1 i 3 Regulaminu).

W celu zawarcia transakcji kupna/nabycia lub sprzedaży/zbycia instrumentów finansowych w obrocie zorganizowanym klient jest zobowiązany złożyć zlecenie, w formie pisemnej, telefonicznej lub przy użyciu systemów informatycznych (...), będące ofertą kupna/nabycia lub sprzedaży/zbycia (...)(§34 ust. 2 i 3 Regulaminu). Zlecenie

powinno zawierać między innymi rodzaj i nazwę instrumentów finansowych będących przedmiotem zlecenia (§37 ust. 1 pkt 5 Regulaminu).

Podstawą wykonywania przez (...) zleceń nabycia lub zbycia derywatów jest umowa o derywaty (§63 ust. 1 Regulaminu). W związku z zawartą umową o derywaty klient jest zobowiązany do wniesienia i utrzymywania depozytu zabezpieczającego (§63 ust. 2 Regulaminu). Zgodnie z § 37 ust. 1 i 2 i § 38 ust. 1 i 3 Regulaminu (...) w W. wprowadzenia instrumentów finansowych do obrotu giełdowego w trybie zwykłym dokonuje na wniosek emitenta Zarząd (...), określając w szczególności sesję giełdową, na której nastąpi pierwsze notowanie (Regulamin (...)- k. 155-183).

Zgodnie z § 46 i 47 Regulaminu (...)dopuszczając instrumenty pochodne do obrotu giełdowego, Zarząd (...)określa standard instrumentów pochodnych, który określa podstawowe elementy konstrukcji danego instrumentu pochodnego. Zgodnie z § 48 Regulaminu (...)wprowadzenia instrumentów pochodnych do obrotu dokonuje Zarząd (...).

Uchwałą nr (...)z 4 czerwca 2014 r. Zarząd (...) w W. wprowadził na podstawie § 38 ust. 1 i 3 Regulaminu (...)z dniem 5 czerwca 2014 r. w trybie zwykłym do obrotu giełdowego certyfikaty strukturyzowane oparte na indeksie (...) emitowane przez (...)Bank (...) (Certyfikaty (...)). Certyfikaty miały być notowane w segmencie instrumentów strukturyzowanych z dzwignią. (...) w W. osobno notuje produkty strukturyzowane oraz instrumenty pochodne.

Certyfikaty (...) są otwartymi instrumentami inwestycyjnymi bez określonego terminu wymagalności lub daty wygaśnięcia i stanowią bezpośrednie zobowiązanie emitenta. Certyfikaty upoważniają posiadacza do otrzymania kwoty środków pieniężnych obliczonych zgodnie z właściwymi warunkami. Certyfikaty naśladują zmiany instrumentu bazowego w sposób liniowy i otwarty w kierunku odwrotnym, przy czym spadek lub wzrost indeksu (...) powoduje wyższy niż proporcjonalny zysk lub stratę na certyfikacie, w związku z czym kwota, którą trzeba zainwestować w Certyfikat (...), aby uzyskać taką samą stopę udziału w instrumencie bazowym jak w przypadku inwestycji bezpośredniej, jest znacząco niższa.

W okresie od 28 lutego 2014 r. do 26 lutego 2016 r. powód zlecał transakcje, dotyczące akcji siedmiu spółek, w tym od 10 października 2014 r. głównie akcji (...) S.A. Ponadto w okresie od 8 do 13 stycznia 2015 r. zlecał wyłącznie transakcje na Certyfikatach (...). Od 8 do 13 stycznia 2015 r. pozwany zawarł w imieniu powoda 18 transakcji na łączną kwotę kupna 260 409,31 zł i kwotę sprzedaży 137 139,40 zł, których przedmiotem były Certyfikaty (...). W wyniku rozliczenia transakcji na Certyfikatach (...) powód poniósł stratę w wysokości 96 188,59 zł. Powód nie wypełnił ankiety (...) pozwalającej ocenić jego poziom wiedzy o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych i doświadczenie inwestycyjne . Pismem z 21 marca 2016 r. M. C. złożył reklamację dotyczącą transakcji na instrumentach strukturyzowanych w okresie 8 stycznia 2015 r. – 9 lutego 2016 r., żądając od pozwanego zapłaty kwoty 97 843,33 zł . W piśmie z dnia 28 kwietnia 2016 r. pozwany, wskazując na otrzymaną w dniu 29 marca 2016 r. skargę powoda, odmówił zapłaty żądanej przez powoda kwoty.

Ponadto Sąd ustalił, iż osoba, która zawarła z pozwanym umowę o świadczenie usług maklerskich, mogła, na podstawie umowy, która w przypadku klientów detalicznych powinna być zawarta na piśmie, zlecić pozwanemu sporządzenie na piśmie analiz inwestycyjnych i finansowych, rekomendacji lub opracowań o charakterze ogólnym dotyczących transakcji w zakresie instrumentów finansowych (§ 2 pkt 8, § 4 ust. 1-3, § 11 ust. 1, 6 i 9, § 12 ust. 1 i § 13 ust. 1 Regulaminu wykonywania przez (...) S.A. czynności polegających na sporządzaniu analiz inwestycyjnych, analiz finansowych oraz innych rekomendacji o charakterze ogólnym dotyczących transakcji w zakresie instrumentów finansowych na rzecz klientów profesjonalnych i klientów detalicznych – dalej: Regulamin sporządzania analiz). Zgodnie z § 4 ust. 7 „Regulaminu sporządzania analiz” analizy, rekomendacje oraz opracowania i komentarze nie mogą być przygotowywane w sposób, który mógłby być uznany za usługę doradztwa inwestycyjnego, to znaczy są przygotowywane bez opierania się o potrzeby i sytuację klienta. W świetle § 3 ust. 1-4 „Regulaminu sporządzania analiz” pracownik (...) S.A. niezwłocznie po zawarciu umowy o pracę lub innej umowy będącej podstawą zatrudnienia jest zobowiązany do zaznajomienia się z „Regulaminem sporządzania analiz” oraz do podpisania oświadczenia stwierdzającego znajomość, zrozumienie i akceptację jego treści, zaś zmiany tego regulaminu doręczane

są pracownikowi na piśmie za potwierdzeniem odbioru albo za pośrednictwem poczty elektronicznej, a pracownik ma obowiązek się z nimi zapoznać. Pozwany przeprowadzał szkolenia pracowników w zakresie etyki w sprzedaży produktów inwestycyjnych..

Ponadto, w oparciu o zeznania świadków M. P. i D. Ł. oraz zeznania powoda i wiceprezesa zarządu pozwanego Sąd ustalił następujące okoliczności związane z zawieraną umową.

Pracownicy pozwanego otrzymywali wynagrodzenie stałe oraz premie w zależności od wyników w zakresie obrotu, czyli zawartych transakcji. Każda zawarta transakcja miała wpływ na wynagrodzenie. Od drugiej połowy 2014 r. transakcje maklerskie powoda obsługiwał pracownik pozwanego, M. P.. Rozmowy telefoniczne, w trakcie których powód składał pozwanemu zlecenia dotyczące instrumentów finansowych przebiegały w ten sposób, że M. P. sugerował powodowi jakie zlecenia powinien złożyć, tj. jakie instrumenty, w jakiej ilości i po jakiej cenie powinien on kupić lub sprzedać. Inicjatywa składania zleceń wychodziła od M. P., który dzwonił w tej sprawie do powoda. M. P. nie informował powoda, jakim rodzajem instrumentu jest Certyfikat (...) oraz jakie ryzyko się z nim wiąże. W okresie, w którym powód zlecił pozwanemu transakcje na Certyfikatach (...) pozwany nie świadczył usług doradztwa inwestycyjnego.

Dokonując powyższych ustaleń faktycznych, sąd oparł się na przedstawionych przez strony dokumentach, których wiarygodności strony nie kwestionowały, a które poświadczały w zasadzie niesporny stan faktyczny, dotyczący treści zawartej przez strony umowy i przeprowadzonych w ramach umowy transakcji.

Istotną dla rozstrzygnięcia sprawy, a sporną okolicznością, był przebieg rozmów telefonicznych, w trakcie których powód składał pozwanemu zlecenia maklerskie. Ustalając w tym zakresie stan faktyczny sąd dał wiarę zeznaniom świadka D. Ł. i zeznaniom powoda, że pracownik pozwanego, M. P., w trakcie rozmów z klientami instruował ich jakie instrumenty, w jakiej ilości i po jakiej cenie powinni oni kupić lub sprzedać. Zeznania M. P. w tym zakresie były dla sądu mniej wiarygodne, ponieważ świadek często nie odpowiadał wprost na zadane mu pytania oraz zasłaniał się niepamięcią co do okoliczności, które powinien był, zdaniem sądu, dobrze pamiętać, jako że nie dotyczyły one konkretnych zachowań świadka, ale stałych schematów wykonywania przez świadka pracy na rzecz pozwanego.

W pozostałym zakresie sąd dał wiarę zeznaniom M. P., jak również zeznaniom wiceprezesa zarządu pozwanego przesłuchiwanej w charakterze strony, jako że zeznania te nie budziły wątpliwości sądu co do ich wiarygodności.

**W rozważaniach prawnych** Sąd Okręgowy odniósł się negatywnie do propozycji uwzględnienia przedmiotowego żądania w oparciu o przepisy o nienależnym świadczeniu, albowiem dochodzona kwota nie była w ogóle świadczeniem powoda na rzecz pozwanego. Sąd również omówił szczegółowo przyczyny, dla których przedmiotowe certyfikaty nie stanowią derywatów.

Omawiając drugą i trzecią wskazywaną przez powoda podstawę prawną roszczenia, Sąd przypomniał, iż powód wskazywał odpowiedzialność odszkodowawczą (odpowiednio kontraktową lub deliktową) pozwanego. Odpowiedzialność kontraktowa ma wynikać z naruszenia przez pozwanego zapisu Regulaminu, zgodnie z którym zakazane jest udzielanie porad inwestycyjnych w formie rekomendacji zachowania inwestycyjnego odnośnie do skonkretyzowanego instrumentu finansowego. Z kolei odpowiedzialność deliktowa miałaby wynikać z przekazywania powodowi przez pracownika pozwanego zmanipulowanych i wprowadzających w błąd informacji dotyczących Certyfikatów (...), co narusza określone w prawie obowiązki informacyjne.

Jakkolwiek, z ustalonego w sprawie stanu faktycznego wynika, że powód rzeczywiście otrzymywał od pracownika pozwanego zakazane rekomendacje bez dotrzymania przez tego pracownika jakichkolwiek wymogów informacyjnych, to jednak, zdaniem Sądu, nie ma podstaw do przypisania pozwanemu odpowiedzialności za takie zachowanie jego pracownika.

Zgodnie z art. 430 k.c. 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 powierzonych jej czynności. Z kolei art. 474 k.c. stanowi, że dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza.

Należy mieć na uwadze, że przewidziana powołanymi przepisami odpowiedzialność za działania osób podwładnych, obejmuje sytuacje, w których wykonywane czynności mieszczą się w zakresie czynności powierzonych takiej osobie, tylko w takim bowiem zakresie zachodzi aksjologiczna podstawa uzasadniająca rozciągnięcie winy podwładnych na osobę dłużnika, który przy ich pomocy wykonuje swoje zobowiązania, lub na sprawcę czynu niedozwolonego. Z tych samych przyczyn powołane przepisy nie mogą stanowić podstawy prawnej odpowiedzialności podmiotu korzystającego z pomocy osób podwładnych w sytuacji, gdy działania podjęte przez takie osoby nie pozostają w zakresie powierzonych czynności albo gdy dotyczą działań, które zostały dokonane przy okazji (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2014 r., I ACa 1137/13). Z ugruntowanej w praktyce wykładni art. 474 k.c. wynika, że przepis ten obejmuje wyłącznie odpowiedzialność za działania powierzone, nie zaś za skutki wszelkich działań podjętych przez podwładnych, w szczególności stanowiących delikt, a nawet przestępstwo (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 1977 r., I CR 444/77). Powyższe przepisy nie obejmują natomiast odpowiedzialności za działania podwładnego dokonane jedynie przy okazji, sposobności, wykonywania czynności powierzonych.

W związku z powyższym wykazanie materialnoprawnych podstaw odpowiedzialności pozwanego wymagałoby udowodnienia, że doradztwo inwestycyjne dotyczące konkretnego instrumentu finansowego, które świadczył pracownik pozwanego, pozostawało w zakresie czynności mu powierzonych, czyli że zakres tych czynności nie ograniczał się do wykonania umowy o świadczenie usług maklerskich i brokerskich z 28 lutego 2014 roku, ale obejmował również wykonywanie doradztwa inwestycyjnego. Działania osoby, za którą może odpowiadać pracodawca muszą bowiem pozostawać w zakresie czynności, które zostały zlecone pracownikowi przez pracodawcę.

Z ustalonego przez sąd stanu faktycznego wynika niesprzecznie, że pracownik pozwanego, M. P., świadcząc na rzecz powoda usługi doradztwa inwestycyjnego w postaci rekomendacji zlecenia określonych transakcji na Certyfikatach (...), działał poza zakresem powierzonych przez pozwanego mu czynności. Świadczy o tym przede wszystkim fakt, że pozwany w okresie obejmującym przedmiotowe zlecenia w ogóle nie posiadał uprawnień do wykonywania czynności doradztwa inwestycyjnego. Znajduje to odzwierciedlenie w treści przyjętych przez pozwanego regulaminów, z których wynika, że pozwany nie świadczy tego typu usług. Ponadto przedstawione przez pozwanego materiały szkoleniowe dla pracowników wskazują, że pozwany oczekiwał od swoich pracowników działań etycznych, tj. przede wszystkim zgodnych z prawem. Również zawarta przez strony umowa w formie pisemnej, wraz z regulaminem, o który była oparta, jednoznacznie wykluczała świadczenie usług doradztwa inwestycyjnego. Powód decydując się na otrzymywanie takich porad i instrukcji od M. P. musiał mieć świadomość, że dzieje się to poza umową, która łączyła go z pozwanym. Treść umowy była w tym zakresie jednoznaczna.

W związku z powyższym Sąd uznał, że pracownik pozwanego udzielał powodowi porad inwestycyjnych na własną rękę poza łączącą strony umową, co wyłącza odpowiedzialność pozwanego z tego tytułu. Doszło raczej do zawarcia odrębnego porozumienia pomiędzy powodem a M. P., którego przedmiotem było właśnie doradztwo inwestycyjne. Jednak odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu takiej umowy ponosić może jedynie jej strona, tj. M. P., a nie pozwany. Powód nie wykazał aby działania M. P. odbywały się za wiedzą bądź zgodą pozwanego albo aby doszło do nich na skutek niewłaściwego nadzoru ze strony pozwanego nad pracownikami. Nie ma zatem podstaw do przypisania pozwanemu odpowiedzialności odszkodowawczej za działania M. P., ewentualnie odpowiedzialności za własny czyn, polegający na niewłaściwym nadzorze nad pracownikiem.

Powództwo podlegało zatem oddaleniu. Wobec przyjętej podstawy oddalenia powództwa w całości, zbędne stało się określenie czy i w jaki sposób powód przyczynił się do powstania szkody, a także ewentualnego wpływu tego przyczynienia się na zakres odpowiedzialności pozwanego

**Apelację od powyższego wyroku wniósł powód**, zaskarżając go w całości, zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

1) naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

1.1) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zgromadzonego materiału dowodowego, tj. pominięcie przy wyrokowaniu:

a) uznanych za wiarygodne istotnych części zeznań świadka M. P., w których świadek potwierdza, iż do zakresu jego obowiązków jako pracownika (...) należało przedstawianie obsługiwanym klientom oferty oraz udzielanie informacji odnośnie oferowanych przez (...) instrumentów finansowych;

b) dokumentu w postaci Regulaminu przewidującego w § 33 ust 1 i 4, iż do zakresu obowiązków pracowników (...) należało udzielanie klientom porad inwestycyjnych o charakterze ogólnym dotyczących inwestowania w instrumenty finansowe przy przestrzeganiu przez pracowników (...) przepisów powszechnie obowiązującego prawa, zasad staranności oraz najlepiej pojętego interesu klienta; - skutkujące błędnym i sprzecznym ze zgromadzonym materiałem dowodowym nieuwzględnieniem faktu, iż do zakresu obowiązków powierzonych przez (...) pracownikowi M. P. należało udzielanie klientom informacji odnośnie oferowanych przez (...) instrumentów finansowych z zachowaniem wymogów wynikających z obowiązującego prawa, zasad staranności zawodowej oraz najlepiej pojętego interesu klienta.

1. 2) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wybiórczą, niezgodną z zasadami logiki wiedzy i doświadczenia życiowego ocenę dowodów wskazujących na faktyczne powierzenie M. P. przez (...) obowiązków w zakresie oferowania, sprzedaży i doradztwa instrumentów finansowych, a w szczególności nieuwzględnienie następujących dowodów:

a) uznanych za wiarygodne części zeznań M. P., w których świadek potwierdził otrzymywanie dodatkowego wynagrodzenia prowizyjnego od (...) z tytułu sprzedaży klientom instrumentów finansowych

i generowanego przez to obrotu na rachunkach maklerskich obsługiwanym klientom;

b) uznanych w całości za wiarygodne zeznań D. Ł. oraz zeznań powoda, opisujących sposób i czasookres prowadzenia przez M. P. w imieniu i na rzecz (...) oferowania, sprzedaży i doradztwa instrumentów finansowych przy wykorzystaniu infrastruktury służbowej (...);

c) wydruku komunikatu (...), z którego wynika, iż prowadzenie przez (...) niezgodnych z prawem praktyk polegających na sprzedaży klientom instrumentów finansowych przy pomocy doradztwa inwestycyjnego bez zezwolenia (...) było procederem zorganizowanym i ciągłym, za który organ ukarał (...) karą finansową;

- skutkujące błędnym ustaleniem, że (...) nie powierzył M. P. zadań z zakresu oferowania, sprzedaży i doradztwa inwestycyjnego instrumentów finansowych, podczas gdy wszechstronna ocena zgromadzonych dowodów oparta na zasadach prawidłowego rozumowania prowadzi do wniosku, iż oferowanie, sprzedaż i doradztwo inwestycyjne stanowiły czynności powierzone do wykonania M. P. za wynagrodzeniem;

2) naruszenie prawa materialnego, a mianowicie: art. 415 k.c. w zw. z art. 430 k.c. poprzez ich niezastosowanie w warunkach błędnych ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd odnośnie zakresu czynności powierzonych M. P.; podczas gdy prawidłowo ustalony stan faktyczny prowadzi do konkluzji, iż zarówno obowiązki informacyjne względem klientów, oferowanie, sprzedaż, jak i doradztwo inwestycyjne mieściły się w zakresie zadań powierzonych M. P. przez (...); a w konsekwencji szkoda wyrządzona powodowi przez M. P. w wyniku wprowadzenia powoda w błąd odnośnie ryzyka inwestycyjnego, w tym naruszenia obowiązków informacyjnych wynikających z Dyrektywy (...), Ustawy o obrocie instrumentami finansowymi i Rozporządzenia (...), winna zostać naprawiona przez (...) jako zwierzchnika, na którego rzecz i w czym interesie działał M. P. udzielający powodowi informacji odnośnie instrumentu (...) przy jego sprzedaży.

W związku z podniesionymi zarzutami na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa i zasądzenie na rzecz powoda od pozwanego kwoty 96 188, 59 zł wraz z odsetkami

ustawowymi od dnia 14.01.2015 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów postępowania za I i II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył co następuje.** Apelacja okazała się zasadna w całości co do roszczenia głównego oraz częściowo odnośnie odsetek.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu I instancji, ale z poniższym uzupełnieniem i modyfikacją. Zasadnie podnosi strona powodowa, iż należało ustalić również, iż do obowiązków pracownika pozwanego, M. P., należało udzielanie klientom informacji co do oferowanych produktów, co potwierdził on w swoich zeznaniach. Niewątpliwie zakres dopuszczalnych porad inwestycyjnych, jedynie o charakterze ogólnym, określał §33pkt.1 i4 Regulaminu domu maklerskiego /k27 odwrót/. Określone obowiązki informacyjne wynikały również z ówczesnego brzmienia art. 83 ust.2 i 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz §8 ust.1, 9 ust. 1, 13 ust. 1 i 2 oraz §19 w zw. §15 Rozporządzenia Ministra (...)z dnia 24 września 2012r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70ust.2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz banków powierniczych / D.U.2015.878/, o czym będzie jeszcze mowa w dalszych wywodach prawnych niniejszych rozważań.

Należało również zmienić ustalenia Sądu I instancji, iż pozwany dom maklerski oprócz przyjmowania i wykonywania w imieniu pozwanego na rachunek powoda zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, również oferował w praktyce doradztwo inwestycyjne, przy czym umowa pomiędzy pozwanym a powodem w tym zakresie została zawarta w sposób dorozumiany/ per facta concludentia/. Należy podkreślić, iż umowa ta łączyła powoda z pozwanym, nie zaś M. C. z pracownikiem pozwanego, M. P., jak błędnie przyjął Sąd I instancji, co zostanie uzasadnione w dalszym toku.

Natomiast w pozostałym zakresie Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu I instancji. Należy podkreślić, iż prawidłowo Sąd Okręgowy ustalił, iż M. P., który z ramienia pozwanego w relewantnym okresie realizował współpracę z powodem, oferując mu określone produkty i przyjmując od niego konkretne zlecenia kupna oraz sprzedaży, nie poinformował powoda o istocie /charakterze/ przedmiotowych certyfikatów (...) i ryzyku/niebezpieczeństwie/, jakie łączy się z inwestowaniem w ten instrument. Niespójne i sprzeczne zeznania powyższego świadka słusznie zostały ocenione przez Sąd Okręgowy jako niewiarygodne. Powód natomiast przekonująco opisał okoliczności przekazywania mu przez M. P. ścisłych rekomendacji nabycia instrumentu (...), z którego nabyciem i posiadaniem, w przedmiotowych okolicznościach, wiąże się dochodzona szkoda / k-269,271/.

Powyższe certyfikaty strukturyzowane, jak zasadnie wykazała strona pozwana/ m.in. argumentacja k-95-97/, nie były wprawdzie instrumentami pochodnymi sensu stricto/ derywatami/, których nabywanie/ zbywanie/ wymaga m.in. zawarcia odrębnej umowy o derywaty, złożenia zabezpieczenia, etc., a które są też odrębnie określane w tabeli opłat i prowizji pozwanego, a nadto odrębnie ujmowane w stosownej uchwale zarządu (...). Certyfikaty (...), jak wynika, z treści uchwały zarządu (...)z dnia 4 czerwca 2014r. miały być notowane w segmencie instrumentów strukturyzowanych. Oznacza to, iż certyfikaty nie są instrumentami pochodnymi, a jedynie w swojej konstrukcji mają w budowany instrument pochodny. Jednakże stanowią one produkt inwestycyjny wysokiego ryzyka, z uwagi na ich charakter. Są one formalnie instrumentami bez określonego terminu wymagalności lub daty wygaśnięcia, jednakże mogą zostać rozwiązane przez emitenta po wcześniejszym zawiadomieniu i mogą ulec automatycznemu rozwiązaniu po wystąpieniu przypadku maksymalnego poziomu strat. Naśladują one zmianę instrumentu bazowego, w relacji do którego są zorientowane/ w tym przypadku indeksu (...)/ w odwrotnym kierunku. Jednocześnie naśladują one zmiany instrumentu bazowego w sposób liniowy otwarty, co oznacza, iż wyrażony procentowo zysk w przypadku spadku instrumentu bazowego/ w tym przypadku indeksu giełdowego/ oraz strata w przypadku jego wzrostu są wyższe dla certyfikatów niż dla bezpośredniej inwestycji w instrument bazowy/ k-49-50/. Jest to konsekwencją, iż stanowią one określoną funkcję parametrów tego instrumentu bazowego. Powyższe już wskazuje, iż inwestując w certyfikaty trzeba mieć dużo większe rozeznanie i znajomość rynku inwestycyjnego, „wycucie” odpowiedniego dla danej transakcji czasu / podbudowane właśnie głęboką orientacją we wskaźnikach na rynku finansowym/, niż np. w przypadku inwestycji w „zwykłe” akcje spółek notowanych na giełdzie. Należy również, a może przede wszystkim, mieć na uwadze, iż powyższe zasady oznaczają, iż certyfikaty mają wbudowany tzw. „mechanizm wygasający”, to znaczy, jeżeli osiągną określony niski pułap, dochodzi do ich obowiązkowego wykupu przez emitenta/ bank/,

a zatem niejako określając to w uproszczeniu: ulegają „samoistnej” i obligatoryjnej sprzedaży przez inwestora, który z istoty rzeczy ponosi stratę, gdyż zainwestował więcej. Nie można ich „przetrzymywać” w oczekiwaniu na zmianę koniunktury. W konsekwencji stanowią duże większe niebezpieczeństwo utraty środków, niż inwestycja w akcje, które jedynie w wyjątkowych i ściśle określonych przypadkach mogą przynieść stratę / w sytuacji upadłości spółki, nierzetelności w zakresie określania jej wyników finansowych i sporządzania sprawozdań finansowych, wycofania z giełdy etc./. Powyższe oznacza, iż oferując powyższy instrument finansowy, stanowiący produkt wysokiego ryzyka, czy nawet tylko przyjmując zlecenie jego nabycia, pozwany za pośrednictwem swojego pracownika winien poinformować o powyższych zasadach i niebezpieczeństwach, a zatem ryzyku jakie jego posiadanie stwarza, w tym o wspomnianym mechanizmie wygasającym. Innymi słowy winien pouczyć o konieczności nieco innego, ścisłego nadzoru, wymagającego również szczególnych kompetencji od inwestora. Należało przy tym zauważyć, iż powód nie wypełnił w sposób pełny ankiety, o której mowa w §15 wyżej cytowanego Rozporządzenia Ministra (...)z dnia 24 września 2012r. 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 / D.U.2015.878, zwanym dalej Rozporządzeniem/. W związku z tym stosownie do treści §19 ust.2 Rozporządzenia pozwana firma winna ostrzec powoda, jako klienta, przy wyartykułowaniu przez niego zamiaru zakupu, iż powyższe zaniechanie uniemożliwia jej dokonanie oceny, czy przewidziany instrument jest dla niego odpowiedni. Mogło to być dokonane w formie pisemnej, mailowej, względnie nagranej pełnej rozmowie. Tak się jednak nie stało.

Należy jednocześnie podnieść, iż w kontekście okoliczności sprawy, co już sygnalizowano wyżej, nie jest poprawne przyjęcie, iż powoda łączyła umowa o doradztwo inwestycyjne z M. P.. Należy bowiem zauważyć, iż M. P. działał w ramach swoich obowiązków służbowych, przy czym czynności których dokonywał z powodem w zakresie przyjmowania ofert kupna/ sprzedaży pozostawały w pełni zakresu jego obowiązków służbowych. W tej sytuacji czynności przygotowawcze do takich zakupów / sprzedaży/, zmierzające bezpośrednio do doprowadzenia do dokonania transakcji, zwiększenia jej zakresu, zmiany kształtu itp., mieszczą się również w ramach jego obowiązków służbowych, jako z nimi powiązane funkcjonalnie. Ponadto za dokonanie tak przygotowanej transakcji M. P. otrzymywał od pozwanego/ niezależnie od wynagrodzenia/ dodatkową prowizję, tzw. premię od obrotu/ k-209 odwrót, 211/. W konsekwencji nie są to czynności świadczone „przy okazji”, lecz w ramach obowiązków służbowych, bezpośrednio przekładające się na zyski samego pozwanego. Ponadto umowa o doradztwo inwestycyjne, jak trafnie podnosiła strona powodowa, nie mogła być zawarta w świetle przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi przez inwestora z osobą fizyczną. Zresztą zamiarem powoda przy zawieraniu umowy o świadczenie usług maklerskich i brokerskich oraz jej wykonywaniu/ np. zleceniu transakcji/, było korzystanie z profesjonalnych usług pozwanego jako domu maklerskiego/ art. 65§2 k.c./, a nie M. P. jako osoby prywatnej /fizycznej/. Pozwana natomiast, zobowiązana do nadzoru służbowego, nad pracownikiem godziła się de facto na prowadzenie przez tego pracownika tak rozumianego doradztwa: rekomendacji, czy wręcz polecenia nabycia konkretnych instrumentów, z uwzględnieniem wybranego przez niego czasu nabycia i analogicznie zbycia oraz aprobowala ten stan rzeczy. W związku z tym należało uznać, iż w ten sposób doszło do zawarcia pomiędzy stronami oprócz umowy o świadczenie usług maklerskich i brokerskich, drugiej umowy- w przedmiocie doradztwa inwestycyjnego per facta concludentia. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się możliwość zawarcia w taki sposób umowy o doradztwo inwestycyjne. Zdaniem Sądu Apelacyjnego dzieje się tak między innymi, gdy dom maklerski podejmuje pewne działania promocyjne w stosunku do określonych instrumentów finansowych, zaś klient z nich w sposób czynny korzysta, polegając na ich profesjonalizmie. Koncepcja taka, jak wskazano wyżej, znalazła aprobatę, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie / por. T. S., Prawo rynku kapitałowego, Komentarz, Lex 2015, teza 13 do art. 76 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 maja 2019r., I ACa 1211/17, Lex 2689764/. Nie ma przy tym znaczenia z punktu widzenia ważności tej umowy/ i skuteczności w stosunku do powoda/, iż co było niesporne, pozwany w rozważanym okresie /styczeń 2015r./ nie posiadał zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego na świadczenie takich usług. Sytuacja ta może rodzić jedynie implikacje penalne w stosunku do samego pozwanego, względnie osób za pośrednictwem których działał, co zresztą miało już miejsce w przeszłości. W konsekwencji rekomendowanie powodowi nabycia przedmiotowych certyfikatów bez należytej informacji oraz bez rozważenia jego sytuacji, w tym poziomu wiedzy inwestycyjnej i poczynienia należytych ustaleń, o których mowa w §16 Rozporządzenia, stanowi nienależyte wykonanie takiej umowy, implikujące odpowiedzialność pozwanego za szkodę na podstawie art. 471k.c. Pozwany nie wykazał, aby działanie



takowe zaszło na skutek okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. W związku odpowiada on za powstałą stratę na podstawie powyższego przepisu.

Niezależnie od tego należy zauważyć, iż działania pozwanego można również rozpatrywać w płaszczyźnie odpowiedzialności deliktowej, tj. art. 430k.c. Zaniechanie pracownika pozwanego, za które ponosi odpowiedzialność były zawinione, gdyż M. P. nie dopełnił obowiązku informacyjnego, odnośnie poinformowania powoda o specyfice przedmiotowych certyfikatów/ różniących się od akcji, i ryzyku związanym z tą inwestycją/ , który wynikał z obowiązujących w dacie przedmiotowych czynności przepisów z art. 83 ust.2 i 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, które stanowiły iż: 2. Informacje upowszechniane przez firmę inwestycyjną w celu reklamy lub promocji usług świadczonych przez tę firmę inwestycyjną powinny być rzetelne i zrozumiałe.

3. Firma inwestycyjna jest obowiązana świadcząc usługę maklerską brać pod uwagę najlepiej pojęty interes klienta oraz §8 ust.1, 9 ust.1 i 13 ust.1 i 2 Rozporządzenia. Ponadto w szczególności nie pouczył skarżącego, iż firma nie może dokonać oceny odpowiedniości w relacji do możliwości i potrzeb klienta , o której mowa w §19 Rozporządzenia. Działanie takie było naruszeniem należytej staranności, albowiem powinien to uczynić, był pracownikiem przeszkolonym co do swoich obowiązków. W związku z powyższym pozwany jest odpowiedzialny za szkodę spowodowaną nabyciem oraz posiadaniem przez powoda / w szczególności bez świadomości co do istnienia mechanizmu wygasającego/ ryzykownego instrumentu finansowego.

Wysokość zaistniałej straty/ szkody/ wynika z zestawienia na rachunku powoda, sporządzonego przez pozwanego celem rozliczenia spornych transakcji/ różnica kwot 98 808,99zł i 2620,40zł k-58 /. Jednocześnie Sąd Apelacyjny nie dopatrywał się po stronie powoda działań, które można by kwalifikować jako przyczynienie się poszkodowanego do szkody.

Natomiast roszczenie stało się, zdaniem Sądu Odwoławczego, wymagalne po wezwaniu do zapłaty, wystosowanym przez powoda i doręczonym do pozwanego w dniu 29 marca 2016r./ k- 56 odpowiedź pozwanego na wezwanie/, a zatem uwzględniając 7-dniowy termin na zapłatę, Sąd przyjął, iż odsetki /zgodnie z żądaniem - ustawowe/ winny być zasądzone od dnia 6 kwietnia 2016r. W pozostałej części powództwo, a w związku z tym również apelacja, podlegała oddaleniu, co implikowało na podstawie art. 386§1k.p.c. oraz art. 385k.p.c. orzeczenie jak w pkt. I i II sentencji. Postanowienie o kosztach postępowania za I instancję oraz apelacyjnego uzasadnia odpowiednio treść art. 100zd. 2k.p.c. i art.108§1k.p.c w zw. art. 100zd. 2k.p.c., albowiem powód uległ tylko odnośnie bardzo niewielkiej części żądania odsetkowego.