

*Sygn. akt VI ACa 1842/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 5 czerwca 2017 r.*

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

*Przewodniczący: SSA Aleksandra Kempczyńska*

*Sędziowie: SA Marcin Strobel*

*SA Tomasz Szanciło (spr.)*

*Protokolant: Katarzyna Mikiciuk*

*po rozpoznaniu w dniu 22 maja 2017 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa B. J.*

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

*o zapłatę*

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 lipca 2015 r.*

*sygn. akt III C 190/13*

*I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo w ten sposób, że:*

*1) w punkcie pierwszym (1) zasądza od (...) Bank S.A. w W. na rzecz B. J. kwotę 252.979, 91 USD (dwieście pięćdziesiąt dwa tysiące dziewięćset siedemdziesiąt dziewięć dolarów amerykańskich i 91 centów) wraz z ustawowymi odsetkami od kwot:*

*- 596.876 USD – od dnia 31 grudnia 2012 r. do dnia 23 czerwca 2014 r.,*

*- 71.909,14 USD – od dnia 24 czerwca 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r.,*

*- 51.571,48 USD – od dnia 31 grudnia 2012 r. do dnia 31 grudnia 2015 r.,*

*- 129.499,29 USD – od dnia 3 grudnia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r.,*

*i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty:*

*- 252.979,91 USD – od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,*

*oraz oddala powództwo w pozostałym zakresie ,*

*2) w punkcie drugim (2) zasądza od (...) Bank S.A. w W. na rzecz B. J. kwotę 14.820,38 zł (czternaście tysięcy osiemset dwadzieścia złotych trzydzieści osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu,*

*3) dodaje punkt trzeci (3) o treści: „nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sąd Okręgowy w W. od B. J. kwotę 1.672,60 zł (jeden tysiąc sześćset siedemdziesiąt dwa złote sześćdziesiąt groszy),*

**a od (...) Bank S.A. w W. kwotę 496,79 zł (czterysta dziewięćdziesiąt sześć złotych siedemdziesiąt dziewięć groszy) tytułem brakującej części kosztów.”;**

**II. oddala apelację w pozostałym zakresie;**

**III. zasądza od B. J. na rzecz (...) Bank S.A. w W. kwotę 80.026,80 zł (osiemdziesiąt tysięcy dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

**Sygn. akt VI ACa 1842/15**

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 31.12.2013 r. powód B. J. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) Banku S.A. w W. (dalej: Bank) kwoty 818.514,64 USD z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty tytułem naprawienia szkody z tytułu utraconych zysków i kosztów procesu. W uzasadnieniu pozwu wskazał, że w wyniku podrobienia jego podpisów na dwóch poleceniach przelewu z dnia 28 i 29.04.2010 r. Bank uzyskał środki pieniężne w wysokości 754.150,30 USD. Gdyby pozwany wbrew woli powoda nie rozdysponował jego środkami pieniężnymi, mógłby je zainwestować w fundusze (...). Na kwotę dochodzoną pozvem składały się kwoty: 595.876 USD – różnica między wkładem z dnia 28.04.2010 r. (754.150,30 USD) a kwotą uzyskaną w dniu 5.11.2010 r. (158.274,23 USD), 56.674,91 USD i 165.963,73 USD – skapitalizowane odsetki.

Następnie w piśmie z dnia 17.06.2013 r. powód rozszerzył powództwo o kwotę 120.000 USD tytułem odszkodowania za utracone korzyści, aby ostatecznie w piśmie dnia 16.04.2015 r. sprecyzować powództwo, domagając się zasądzenia kwoty 1.106.101 USD (w tym 287.585,60 USD tytułem utraconych korzyści) z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty.

Pozwany Bank wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu. Przyznał że powód posiadał w (...) Banku rachunki złotowy i walutowy oraz że pozwany zrealizował sporne dyspozycję przelewu z dnia 28.04.2010 r. dotyczącą kwoty 754.130,30 USD z rachunku walutowego na rachunek złotowy tytułem „przewalutowania” oraz dyspozycję z następnego dnia dotyczącą zlecenia przelewu środków w kwocie 2.140.950,00 zł na rachunek (...) S.A. w K. (dalej: (...)) tytułem „zapisu na certyfikaty powiązane z indeksem (...)”. Nie ma podstaw kwestionowania ustaleń poczynionych w toku śledztwa prowadzonego przez Prokuraturę Rejonową (...) w W. w sprawie 2DS 759/12/IV w zakresie braku autentyczności podpisów złożonych na ww. dyspozycjach przelewu, ale nawet jeżeli powód nie podpisał spornych dyspozycji, to i tak wiedział o fakcie ich złożenia. To nie powód, ale pozwany został faktycznie poszkodowany w wyniku przestępczych działań M. C.. Nadto wyliczenie kwot dochodzonych pozvem jest całkowicie nieprawidłowe.

Wyrokiem z dnia 22.07.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział III Cywilny, w sprawie III C 190/13, zasądził od Banku na rzecz B. J. kwotę 1.106.101 USD wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 31.12.2012 r. do dnia zapłaty, obciążając pozwanego kosztami procesu w całości, pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Sąd Okręgowy ustalił, że B. J. posiadał w Banku dwa rachunki: złotowy nr (...) i walutowy (USD) nr (...). Z rachunku złotowego były dokonywane transakcje zarówno przewalutowania złotych polskich na dolary amerykańskie, jak i transakcje inwestycyjne. W dniu 28.04.2010 r. pozwany zrealizował dyspozycję przelewu środków w kwocie 754.130,30 USD z rachunku walutowego powoda na jego rachunek złotowy tytułem przewalutowania. W dniu następnym Bank zrealizował dyspozycję przelewu środków z konta złotowego powoda w kwocie 2.140.950 zł w ciężar rachunku złotowego na rachunek (...) nr (...) tytułem zapisu na certyfikaty powiązane z indeksem (...)(dalej: Certyfikaty). Na obu dyspozycjach widnieje podpis B. J.. W dniu 5.11.2010 r. powód sprzedał część jednostek uczestnictwa w funduszu (...) w ilości (...) sztuk, w wyniku czego uzyskał kwotę 437.375 zł, przy uwzględnieniu kwoty prowizji 2.625 zł, co stanowiło równowartość 158.274,23 USD (kurs NBP z dnia 4.11.2010 r. tabela nr (...)).

W dniach 9 i 17.11.2010 r. powód złożył do pozwanego pisma w celu wyjaśnienia operacji bankowych bez jego pisemnej zgody. Następnie w dniu 1.12.2010 r. złożył kolejne pismo do dyrekcji Banku z żądaniem odpowiedzi na wcześniejsze pisma. W odpowiedzi pozwany poinformował powoda, że jest w posiadaniu dyspozycji przelewów podpisanych własnoręcznie przez powoda, które zgodnie z „Regulaminem otwierania i prowadzenia rachunków dla osób fizycznych” stanowią zlecenie płatnicze powodujące obciążenie rachunku powoda, a Bank nie odpowiada za skutki realizacji dyspozycji, jeżeli została ona zrealizowana zgodnie z treścią dyspozycji. Następnie w dniu 16.12.2010 r. powód złożył pozwanemu kolejną reklamację. W piśmie z dnia 28.03.2011 r. Bank podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Powód złożył kolejną reklamację w dniu 28.03.2011 r., a pismem z dnia 3.12.2012 r. wezwał pozwanego do zapłaty 750.000 USD – w terminie do dnia 10.12.2012 r. W odpowiedzi Bank zaproponował polubowne załatwienie sporu. Do ugodowego załatwienia sporu jednak nie doszło, w związku z czym pismem z dnia 16.05.2012 r. powód wezwał pozwanego do zwrotu kwoty 754.150,30 USD oraz do zapłaty kwot: 400.000 USD tytułem odszkodowania i 300.000 zł tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę – w terminie 7 dni od doręczenia pisma. W dniu 26.04.2013 r. powód złożył do Sądu Rejonowego (...) w W. wniosek o zawezwanie próby ugodowej.

Sąd Okręgowy wskazał również, że w toku postępowania w sprawie 2 Ds 706/11/IV została sporządzona opinia przez biegłego sądowego J. S., w której biegły stwierdził, że podpisy złożone na spornych dyspozycjach nie są autentycznymi podpisami B. J., nie zostały nakreślone przez niego, a zostały podrobione przez naśladownictwo na wzór autentycznego podpisu. Podpisy te nie nadawały się do badań identyfikacyjnych mierzących do zidentyfikowania ich wykonawcy i z tej przyczyny nie mogły być miarodajnie identyfikowane z wzorami grafizmu M. C. i P. N.. Także drugi biegły sądowy, J. G., w swojej opinii wskazał, że podpisy na dyspozycjach przelewu z dnia 28 i 29.04.2010 r. nie są autentycznymi podpisami powoda. W konsekwencji postanowieniem z dnia 18.04.2012 r. Prokuratura Rejonowa umorzyła śledztwo w sprawie doprowadzenia B. J. w okresie 14-29.04.2010 r. w W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem znacznej wartości i w sprawie sfalszowania dokumentów w celu użycia za autentyczne w dniach 28 i 29.04.2010 r. w zakresie dyspozycji przelewu środków pieniężnych ulokowanych przez powoda w Banku, wobec niewykrycia sprawcy przestępstwa. W dniu 13.04.2012 r. Prokuratura Rejonowa sporządziła akt oskarżenia przeciwko M. C. o to, że w okresie 28-29.04.2010 r. w W., działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadził Bank do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 52.500 zł w ten sposób, że będąc zatrudnionym na stanowisku doradcy finansowego i obsługując B. J., wprowadził w błąd pracowników Banku co do okoliczności, iż powód zlecił przeprowadzenia transakcji przewalutowania środków pieniężnych w kwocie 754.150,30 USD, a następnie nabycia za kwotę 2.140.950 zł jednostek produktu finansowego (...)prowadzonego przez (...), w ten sposób, że przedłożył jako autentyczne uprzednio sfalszowane przez nieustaloną osobę dokumenty sygnowane datą 28.04.2010 r., zawierające dyspozycję przelewu środków pieniężnych w kwocie 754.150,30 USD, i datą 29.04.2010 r., zawierające dyspozycję przelewu środków pieniężnych w kwocie 2.140.950 zł, które zostały podrobione przez naniesienie podpisu o treści (...), tj. o czyn z art. 286 § 1 w zb. z art. 270 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k. Sąd Rejonowy (...) w W. wyrokiem z dnia 22.05.2014 r., w sprawie III K 337/12, uniewinnił oskarżonego M. C. od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Na podstawie przeprowadzonej w sprawie opinii biegłej sądowej M. H. Sąd Okręgowy ustalił, że wartość jednego certyfikatu serii (...) związanego z Indekssem (...) (P. H.) o wartości nominalnej 100 zł i terminie wykupu w dniu 24.06.2014 r., wyemitowanych przez (...), na dzień wykupu wynosi 100,25 zł, a wartość (...) sztuk tych certyfikatów na dzień wykupu wyniosła 1.604.000 zł. Wartość utraconych korzyści majątkowych powoda w związku z nieautoryzowanymi operacjami bankowymi pozwanego w wysokości 754.150,30 USD w dniach 28 i 29.04.2010 r. wynosi kwotę 287.585,60 USD na dzień 24.06.2014 r., przy założeniu, że powód inwestowałby w fundusze inwestycyjne – na podstawie zestawienia rzeczywistych transakcji powoda za okres 22.07.2010 r. – 31.12.2011 r., dokonywanych funduszami (...) (...), (...) (...) oraz (...) (...), lub kwotę 71.354,22 USD na dzień 3.12.2013 r., przy założeniu, że powód kupiłby obligacje korporacyjne (...) S.A. w W. (dalej: (...)). Biegła w swojej opinii oparła się na rzeczywistych transakcjach powoda, ustalając utracone korzyści z dużym prawdopodobieństwem.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał żądanie powoda za zasadne. Powołał się na art. 725 k.c. i art. 65 ustawy z dnia 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1988 ze zm., dalej

PrBank). Wskazał, że w umowie rachunku bankowego występują elementy depozytu nieprawidłowego (art. 845 k.c.), a niezapewnienie posiadaczowi rachunku bankowego bezpieczeństwa jego środków pieniężnych znajdujących się na tym rachunku przez umożliwienie ich zagarnięcia przez pracownika banku uzasadnia odpowiedzialność tego ostatniego na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych oraz z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Bank ma powszechny i pozakontraktowy obowiązek zapewnienia posiadaczowi rachunku bankowego dostatecznego bezpieczeństwa jego środków pieniężnych znajdujących się na tym rachunku. Ponieważ w toku postępowania karnego ustalono, że podpisy złożone na spornych dyspozycjach nie są autentycznymi podpisami powoda i nie zostały nakreślone przez niego, a zgodnie art. 65 PrBank pozwany dokonujący wypłat z rachunku bankowego powoda był obowiązany sprawdzić autentyczność i prawidłowość formalną dokumentu stanowiącego podstawę do wypłaty, to Bank miał obowiązek zapewnienia powodowi jako posiadaczowi rachunku bankowego dostatecznego bezpieczeństwa jego środków pieniężnych znajdujących się na jego rachunkach znajdujących się u pozwanego, w sposób uniemożliwiający przestępczą działalność własnych pracowników. Zatem zaniechanie tego obowiązku skutkuje odpowiedzialnością pozwanego na podstawie art. 415 k.c. za czyn własny. Dlatego roszczenie powoda co do kwoty 595.876 USD, stanowiącej różnicę między wkładem środków powoda z dnia 28.04.2010 r. w wysokości 754.150,30 USD a kwotą pobraną przez niego w dniu 5.11.2010 r. w wyniku transakcji sprzedaży części jednostek uczestnictwa w funduszu (...) w wysokości 158.274,23 USD, Sąd Okręgowy uznał za zasadne. Podobnie jak i roszczenie skapitalizowanych odsetek w kwotach 56.674,91 USD za okres 28.04.2010 r. – 5.11.2010 r. od kwoty 754.150,30 USD i 165.963,73 USD za okres 6.11.2010 r. – 27.12.2012 r. od kwoty 595.876,30 zł USD, zgodnie z art. 481 § 1 k.c. Powód wykazał dokumentami, że wielokrotnie zwracał się do pozwanego z wezwaniami do uregulowania należności. Źródłem zobowiązania Banku jest delikt, co pozwala na przyjęcie, że roszczenie o zasądzenie odsetek ustawowych ma charakter terminowy. Cechą charakterystyczną roszczeń wynikających z czynów niedozwolonych jest to, że na ogół wymagalność ich zbiega się z datą ich powstania.

Sąd Okręgowy uznał za zasadne również roszczenie w zakresie utraconych korzyści, powołując się na art. 361 k.c. Na podstawie opinii biegłej sądowej M. H. ustalił ich wartość – w związku z nieautoryzowanymi operacjami bankowymi – na kwotę 287.585,60 USD, a także na kwotę 71.354,22 USD, wskazując, że biegła wskazała, iż opierając się na rzeczywistych transakcjach powoda, ustaliła utracone korzyści, jakie osiągnąłby powód, z dużym prawdopodobieństwem.

Apelację od powyższego wyroku wniósł w całości pozwany Bank, zarzucając naruszenie:

#### I. przepisów postępowania:

1) art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia i dokonanie oceny materiału dowodowego, z pominięciem istotnej jego części w postaci całości stanowiska pozwanego, w tym wszystkich twierdzeń i dowodów na ich poparcie, co doprowadziło do zaniechania zbadania przez Sąd I instancji podstawy faktycznej pozwu, całkowitego pominięcia wszystkich merytorycznych zarzutów zgłoszonych przez pozwanego, a w konsekwencji nierozpoznania istoty sprawy i uniemożliwienia przeprowadzenia instancyjnej kontroli prawidłowości zaskarżonego wyroku;

2) art. 224 § 1 w zw. z art. 245 i 299 k.p.c. poprzez zamknięcie rozprawy bez przeprowadzenia zawnioskowanych przez pozwanego dowodów z dokumentów i dowodu z przesłuchania stron, ograniczonego do przesłuchania powoda, pomimo, że okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy nie zostały dostatecznie wyjaśnione, gdyż zgłoszone dowody miały być przeprowadzone na okoliczność, iż powód wiedział o fakcie sporządzenia dyspozycji i godził się na realizację, co wyłączało bezprawność działania pozwanego, a w konsekwencji przedwczesne zamknięcie rozprawy;

3) art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonanie jego oceny z pominięciem istotnej jego części: wyroku Sądu Rejonowego z dnia 22.05.2014 r., w sprawie o sygn. III K 337/12, zaświadczenia (...) z dnia 24.06.2013 r., nr (...), zaświadczenia (...) S.A. W. (dalej: (...)) w przedmiocie nabycia przez powoda certyfikatów (...) z dnia 9.02.2015 r., formularza zapisu na certyfikaty powiązane z Indekssem emitowane przez spółkę (...), formularz zapisu nr (...) z dnia 28.04.2010 r. i przeprowadzonych dowodów z zeznań świadków M.

C. i P. N., oraz całkowity brak odniesienia się do tych dowodów, w tym w uzasadnieniu wyroku, podczas gdy z tych dowodów jednoznacznie wynika, że środki w kwocie 2.140.950 zł zostały zaliczone na poczet ceny nabycia certyfikatów (...), które powód skutecznie nabył i których częścią w dniu 5.11.2010 r. skutecznie zadysponował, oraz że wykonanie spornej dyspozycji nastąpiło w wykonaniu zapisu powoda na przedmiotowe certyfikaty i było zgodne z jego wolą, oraz że był on obecny przy składaniu spornej dyspozycji i miał świadomość nabycia na swoją rzecz certyfikatów, oraz że pracownik pozwanego M. C. został uniewinniony od zarzutu popełnienia przestępstwa polegającego na posłużeniu się sfałszowanymi dyspozycjami, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania przez Sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych, polegających na przyjęciu, że nabycie certyfikatów (...) było niezgodne z wolą powoda, iż o spornej dyspozycji miał on dowiedzieć się dopiero po kilku miesiącach i że rzekoma szkoda powstała w wyniku przestępczej działalności pracownika pozwanego;

4) art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia i dokonanie oceny materiału dowodowego z pominięciem istotnej jego części w postaci: historii rachunku lokaty oszczędnościowej (...), dyspozycji z dnia 28.04.2010 r. dotyczącej założenia lokaty na kwotę 700.000 USD, formularza zapisu na certyfikaty powiązane z indeksem emitowane przez spółkę (...). Formularz zapisu nr (...) z dnia 28.04.2010 r., zaświadczenia (...) w przedmiocie nabycia przez powoda certyfikatów (...) z dnia 9.02.2015 r., zestawienia transakcji powoda z dnia 5.12.2012 r. wystawionego przez (...) dotyczących funduszy (...) (...), (...) (...) oraz (...) (...) oraz całkowity brak odniesienia się przez Sąd I instancji do tych dowodów, w tym w uzasadnieniu wyroku, podczas gdy wynika z nich, że powód nie inwestował ani całości posiadanych wolnych środków pieniężnych, ani nie miał zamiaru i nie inwestował wyłącznie w fundusze (...) (...), (...) (...) oraz (...) (...), bowiem wolne środki deponował zarówno na rachunkach terminowych lokat oszczędnościowych, w certyfikatach (...) oraz zapisał się na certyfikaty powiązane z Indekssem emitowane przez spółkę (...), co doprowadziło do błędnego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że wszystkie rzeczywiste transakcje powoda, które służyły jako podstawa do uznania przed ten Sąd, iż powód utracił korzyści w kwocie 287.585,60 USD, sprowadzały się wyłącznie do inwestowania przez powoda wszystkich posiadanych wolnych środków w certyfikaty emitowane przez trzy fundusze, tj. (...) (...), (...) (...) oraz (...) (...);

5) art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia i dokonanie oceny materiału dowodowego z pominięciem istotnej jego części, tj. przeprowadzonych dowodów z zeznań świadków M. C. i P. N. oraz całkowity brak odniesienia się Sądu I instancji do tych dowodów, w tym również w uzasadnieniu wyroku, podczas gdy z zeznań świadków, których wiarygodności Sąd I instancji nie zakwestionował, niezbitnie wynika, że powód dokonywał inwestycji w inne fundusze inwestycyjne niż (...) (...), (...) (...) oraz (...) (...), bowiem nabył za pośrednictwem (...) certyfikaty (...), jak również lokował środki na rachunkach terminowych lokat oszczędnościowych i nabywał inne produkty depozytowe, np. obligacje, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego przyjęcia przez Sąd I instancji, że wszystkie rzeczywiste transakcje powoda, które służyły jako podstawa do uznania, iż utracił on korzyści w kwocie 287.585,60 USD, sprowadzały się wyłącznie do inwestowania przez powoda wszystkich posiadanych wolnych środków w certyfikaty emitowane wyłącznie przez trzy fundusze, tj. (...) (...), (...) (...) oraz (...) (...);

6) art. 278 § 1 w zw. a art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność wyliczenia utraconych korzyści majątkowych powoda w związku z nieautoryzowanymi operacjami bankowymi pozwanego w wysokości 754.150,30 USD w dniach 28 i 29.04.2010 r., gdy takie zakreślenie tezy dowodowej zakładało a priori, że powód poniósł szkodę w postaci utraconych korzyści, co na tym etapie postępowania było przedwczesne i spowodowało, iż ta opinia stała się źródłem materiału faktycznego w sprawie, bowiem założenia biegłego przyjęte przy obliczeniach, że powód inwestowałby w trzy fundusze, tj. (...) (...), (...) (...) oraz (...) (...), stały się elementem ustalonego stanu faktycznego sprawy, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego i niepoprzedzonego własnymi ustaleniami Sądu I instancji założenia, że powód z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością inwestowałby wolne środki pieniężne wyłącznie w te trzy fundusze inwestycyjne i osiągałby z tego tytułu wyliczone przez biegłego zyski;

7) art. 278 § 1 w zw. a art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej, sprzecznej z doświadczeniem życiowym i zasadami logiki oceny dowodu z opinii biegłego, polegającej na bezpodstawnym przyjęciu, że tym dowodem wykazano, iż powód z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością inwestowałby wyłącznie w trzy fundusze, tj. (...) (...), (...) (...)

oraz (...) (...), podczas gdy z analizy opinii i ustnych wyjaśnień biegłej wynikają wnioski przeciwne, bowiem biegła przedstawiła dwa różne warianty zakładające nie tylko inwestowanie przez powoda w te fundusze, ale również w obligacje, z jej ustnych wyjaśnień złożonych na rozprawie w dniu 24.06.2015 r. wynika, że biegła obliczyła utracone korzyści wyłącznie na podstawie kilku wybranych transakcji rzeczywistych powoda, co – obok zakładania lokat i nabywania innych instrumentów finansowych – stanowiło wyłącznie część transakcji, jakie faktycznie dokonywał powód, a nadto biegła potwierdziła, że były w aktach dowody, z których wynika, iż powód inwestował w inny sposób, a których Sąd I instancji nie wziął pod uwagę;

8) art. 233 § 1 z zw. z art. 278 § 1 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez dokonanie błędnej, sprzecznej z doświadczeniem życiowym i zasadami logiki oceny dowodu z opinii biegłego i bezpodstawne ustalenie w oparciu o tę opinię, że powód utracił korzyści majątkowe w kwocie 287.585,60 USD, wynikające z bezzasadnego przyjęcia przez Sąd I instancji założenia, że powód inwestowałby wyłącznie w ww. trzy fundusze, podczas gdy już z treści opinii wynika jednoznacznie, że biegła, na podstawie posiadanych dokumentów, przedstawiła alternatywny, całkowicie odmienny hipotetyczny wariant inwestowania przez powoda w obligacje, czego Sąd I instancji nie rozważał i do którego nie ustosunkował się w uzasadnieniu, nie wyjaśniając więc dlaczego go nie zastosował, określając wysokość utraconych przez powoda korzyści;

9) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania przez Sąd I instancji podstawy prawnej rozstrzygnięcia, polegający na nieodniesieniu się w żadnej mierze do większości dowodów zgromadzonych w toku postępowania, w tym w szczególności do wszystkich dowodów wnioskowanych przez pozwanego i brak poddania jakiegokolwiek ocenie tych dowodów, nieprzeprowadzenie prawnej oceny ustalonych przez okoliczności i niewyjaśnienie podstawy prawnej wydanego wyroku, co doprowadziło do sytuacji, w której uzasadnienie jest na tyle wadliwe, że uniemożliwia przeprowadzenie instancyjnej kontroli prawidłowości zaskarżonego wyroku;

## II. przepisów prawa materialnego:

1) art. 361 § 2 k.c. poprzez pominięcie zasady dyferencyjności przy ustalaniu wysokości rozmiaru szkody, którą powód poniósł na skutek realizacji przelewów z dnia 28 i 29.04.2010 r., tj. nieskompensowanie z nią – zgodnie z zasadą *compensatio lucri cum damno* – wysokości korzyści, które powód uzyskał na skutek zajścia zdarzenia szkodzącego w postaci nabycia 21.000 certyfikatów (...);

2) art. 415 k.c. poprzez bezzasadne uznanie, że pozwany dopuścił się wobec powoda czynu niedozwolonego, polegającego na niezapewnieniu powodowi bezpieczeństwa jego środków pieniężnych znajdujących się na jego rachunku oraz umożliwienie ich zagarnięcia przez pracownika Banku, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że sporne środki w kwocie 754.150,30 USD nie zostały zagarnięte przez pracowników pozwanego, ale za zgodą i wiedzą powoda, w wykonaniu złożonego przez niego zapisu na Certyfikaty, zostały przelane na rachunek (...) w celu jego realizacji, dzięki czemu do majątku powoda za jego zgodą weszło (...) Certyfikatów (...) o wartości odpowiadającej kwotą wypłaconym z rachunku powoda, co zgodnie z zasadą *volenti non fit iniuria*, stanowiło przesłankę wyłączającą bezprawność działań pozwanego;

3) art. 361 § 2 k.c. poprzez jego bezzasadne zastosowanie i uznanie, że powód utracił korzyści w wysokości 287.585,60 USD, podczas gdy z okoliczności sprawy i zgromadzonych dowodów wynika, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że powód inwestowałby wyłącznie w ww. trzy fundusze i że w związku z tym z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością wymienione wyżej zyski byłby osiągnął.

Wskazując na te zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy, a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

### Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego była zasadna w części.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że niezasadny był zarzut dotyczący naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że niedostatki uzasadnienia wyroku mogą być przyczyną uwzględnienia apelacji tylko w sytuacjach szczególnych, gdy w ogóle nie pozwalają na poznanie motywów, jakimi kierował się sąd wydając rozstrzygnięcie. W obecnym modelu apelacji sąd drugiej instancji jest sądem, który nie tylko na podstawie treści uzasadnienia bada prawidłowość decyzji sądu pierwszej instancji, ale rozpoznając merytorycznie sprawę, uprawniony jest także do samodzielnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego przez ten sąd oraz, ewentualnie, także w postępowaniu apelacyjnym. Innymi słowy, jedynie w przypadku uchybień w sporządzeniu uzasadnienia, które faktycznie uniemożliwiają sądowi wyższej instancji kontrolę, czy prawo materialne i procesowe zostało prawidłowo zastosowane, zarzut art. 328 § 2 k.p.c. może okazać się skuteczny. O ile uzasadnienie Sądu I instancji w niniejszej sprawie było stosunkowo lakoniczne i wymagało pogłębionej analizy, to nie sposób stwierdzić, aby nie poddawało się kontroli instancyjnej, jako że z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, z jakich przyczyn Sąd ten oddalił powództwo. Natomiast nie uzasadnia zarzutu naruszenia tego przepisu okoliczność, że strona w odmienny sposób ocenia materiał dowodowy zebrany w sprawie. To, że Sąd Okręgowy pewnych elementów stanu faktycznego nie wyeksponował, mimo że wymagały one szerszego omówienia, nie oznacza naruszenia powołanego przepisu, czy dalej idącej kwestii – nierozpoznania istoty sprawy.

Niezasadne były również zarzuty zawarte w apelacji dotyczące braku odpowiedzialności pozwanego Banku za dokonane przelewy, w tym odnoszące się do art. 233 § 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie wyraża istotę sądenia w części obejmującej ustalenie faktów. Dotyczy ona rozstrzygnięcia o przeciwstawnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania składu orzekającego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia się ze świadkami, dokumentami i innymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie. Zarzut w tym przedmiocie, a więc sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału, może być skuteczny w sytuacji, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Przytoczenie w apelacji odmiennej, własnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, na który powołuje się apelujący, nie może być uznane za skuteczne, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania, że ocena dokonana przez sąd przekracza granicę swobodnej oceny dowodów, którą wyznaczają czynniki logiczny i ustawowy, zasady doświadczenia życiowego, aktualny stan wiedzy, stan świadomości prawnej i dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa. Jeżeli więc wnioski wyprowadzone przez sąd orzekający z zebranego materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena tego sądu nie narusza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i musi się ostać, choćby dawały się z niego wysnuć także wnioski odmienne. Innymi słowy, jedynie w sytuacji, gdy brak jest logiki w powiązaniu wniosków z zebranymi w sprawie dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo przeczy zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

Zgodzić się należało z zarzutem w tym kontekście, dotyczącym nieprzeprowadzenia przez Sąd I instancji dowodu z zeznań stron (art. 299 k.p.c.), ograniczonego do przesłuchania powoda, jak to wnosił pozwany. Taki dowód został przeprowadzony przez Sąd II instancji, jednak w tym zakresie potwierdził on stanowisko Sądu Okręgowego. W tym przedmiocie Sąd Apelacyjny zgadza się z ustaleniami Sądu I instancji i przyjmuje je za swoje. Dodać jedynie należy, w wyniku uzupełnienia materiału dowodowego w postępowaniu apelacyjnym, że strona pozwana nie przedstawiła dowodu świadczącego o tym, aby to powód B. J. złożył podpisy pod dwiema dyspozycjami przelewu środków:

- z dnia 28.04.2010 r., na podstawie której Bank zrealizował dyspozycję przelewu środków w kwocie 754.150,30 USD z rachunku walutowego powoda na jego rachunek złotowy tytułem przewalutowania (k. 133v),

- z dnia 29.04.2010 r., na podstawie której Bank zrealizował dyspozycję przelewu środków z konta złotowego powoda w kwocie 2.140.950 zł w ciężar rachunku złotowego na rachunek (...) nr (...) tytułem zapisu na Certyfikaty (k. 134).

Co prawda na obu tych dyspozycjach widnieje podpis B. J., ale nie zostały nakreślone przez niego, co jednoznacznie wynika z dwóch opinii biegłych sądowych sporządzonych w sprawie karnej 2 Ds 706/11/IV. Biegły J. S. w swojej opinii (k. 27-38) stwierdził, że podpisy złożone na spornych dyspozycjach nie są autentycznymi podpisami B. J., nie zostały nakreślone przez niego, a podpisy te zostały podrobione przez naśladownictwo na wzór autentycznego podpisu. Podobnie biegły J. G. w swojej opinii (k. 17-26) wskazał, że podpisy na dyspozycjach przelewów z dnia 28 i 29.04.2010 r. nie zostały nakreślone przez B. J.. W toku całego postępowania sądowego pozwany nie kwestionował tych opinii. Jednocześnie słuchany w sprawie powód nie potwierdził, aby składał podpisy pod tymi dyspozycjami, a wręcz kategorycznie stwierdził, że „w okresie kwietnia 2010 r. nie zlecił żadnych transakcji w banku” (k. 698, nagranie k. 702). Co więcej, nie potwierdził autentyczności podpisu pod formularzem zapisu na Certyfikaty (k. 121-122), zeznając: „Taki formularz przedstawiła mi osoba, która w (...) Banku była moim doradcą finansowym. Nie odbywały się transakcje w oparciu o taki formularz. Ja pracownikowi banku od razu powiedziałem, że ta forma mnie w ogóle nie interesuje z uwagi na mój wiek i zdrowie. Chodziło o to, że był to okres 4 lat, dla mnie za długi. Taki formularz widzę drugi raz w życiu, a pierwszy raz widziałem jak pracownik banku przedstawił mi go z taką propozycją. Pod tym formularzem nie znajduje się mój podpis, nie przypominam sobie, abym go składał.” (k. 698, nagranie k. 702).

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw, aby zakwestionować zeznania powoda w tym zakresie, były one zgodne i spójne z materiałem dowodowym, zaś pozwany nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego na tę okoliczność, jak i nie kwestionował tych zeznań. Natomiast w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, w piśmie procesowym z dnia 3.07.2013 r., pozwany zgłosił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność autentyczności podpisów powoda złożonych na formularzu (k. 168), jednak wniosek ten cofnął (k. 181, 250). O ile więc rozmowy dotyczące zapisu na te Certyfikaty miały miejsce, co przyznał sam powód, to nie zostały one sfinalizowane w tym sensie, że powód nie wyraził zgody na dokonanie omawianych transakcji i wykazał, że nie złożył swojego podpisu pod żadnym z omawianych dokumentów. Okoliczność przeciwna nie wynikała również z zeznań świadków słuchanych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, tj. Ł. N., M. C. i P. N.. Zresztą w apelacji nie zostały w tym przedmiocie sformułowane konkretne zarzuty, gdyż te dotyczyły przede wszystkim wysokości dochodzonej kwoty.

Nie znajdowało więc oparcia w materiale dowodowym twierdzenie Banku, że przelew środków nastąpił za zgodą i wiedzą powoda, w wyniku wykonania złożonego przez niego zapisu na Certyfikaty. Nie potwierdza tego pismo (...) z dnia 18.01.2017 r. (k. 693), dowód z którego Sąd Apelacyjny dopuścił w trybie art. 381 k.p.c., jako że zostało ono wystawione już po wydaniu zaskarżonego wyroku i strona pozwana miała prawo je powołać jako dowód, podobnie jak pozostałe dokumenty załączone do pisma procesowego z dnia 22.05.2017 r. Niemniej jest to dokument prywatny w rozumieniu art. 245 k.p.c., co oznacza, że w przeciwieństwie do dokumentu urzędowego, nie korzysta on z domniemania prawdziwości tego, co zostało w nim oświadczone. Powód w swoich zeznaniach jednoznacznie zaprzeczył, aby otrzymał z domu maklerskiego informację o nabyciu Certyfikatów, a o transakcji dowiedział się w październiku 2010 r., gdy chciał pobrać pieniądze z Banku. W takiej sytuacji zastosowanie znajdował art. 253 k.p.c., a więc to na pozwanym, jako stronie posługującej się tym dowodem, spoczywał obowiązek udowodnienia, że faktycznie dom maklerski poinformował powoda o fakcie przydzielenia mu (...) sztuk Certyfikatów pismem z dnia 2.07.2010 r. Strona pozwana takiego dowodu nie przedstawiła, w szczególności nie zostało złożone wskazane pismo z lipca 2010 r. wraz z dowodem jego doręczenia powodowi. Świadczenie również na tę okoliczność nie złożyli wiarygodnych zeznań. Natomiast powód zeznał, że otrzymywał w formie pisemnej, w drodze pocztowej wyciągi z tych rachunków po transakcji, w ciągu kilku dni po transakcji, nie otrzymywał wyciągów cyklicznie, a za okres kwiecień – październik 2010 r. do dnia dzisiejszego nie otrzymał wyciągu z rachunku. Także tej okoliczności pozwany w żaden sposób nie kwestionował i nie przedłożył dokumentów świadczących o tym, aby takie wyciągi zostały powodowi doręczone.

Nie miał również zastosowania art. 103 § 1 k.p.c., a konkretnie w odniesieniu do (...) sztuk certyfikatów. Bezsporne było, że w dniu 5.11.2010 r. powód wykonał transakcję sprzedaży części jednostek uczestnictwa w funduszu (...), a więc spornych Certyfikatów w ilości (...) sztuk. W tym zakresie można uznać, że doszło do potwierdzenia przez



niego transakcji z dnia 28 i 29.04.2010 r. w trybie wskazanego przepisu. Bez znaczenia pozostawała tu przyczyna, dla której miał dokonać tej sprzedaży – miało to nastąpić z przyczyn ekonomicznych i rodzinnych. Niezależnie od tego, o czym będzie mowa poniżej, że takie twierdzenie nie miało uzasadnienia, to niewątpliwie powód postąpił jak właściciel, rozporządził tymi Certyfikatami, a więc spełniona została norma art. 103 § 1 k.c., aby uznać transakcję w tym zakresie jako tzw. negotium claudicans, ważność której zależała od potwierdzenia przez mocodawcę, a więc w tym wypadku powoda, do czego doszło. Trzeba pamiętać, że jeżeli czynność prawna dla swojej ważności nie wymaga formy szczególnej, potwierdzenie może nastąpić w każdej formie, a więc również dorozumianej.

Natomiast odnośnie do pozostałej części Certyfikatów (...) sztuk) takiej konstrukcji nie sposób było przyjąć. Pozwany nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu (art. 6 k.c.), aby powód, który nie zlecił wykonania transakcji, w tym nie podpisał żadnego dokumentu w tym przedmiocie (potwierdzenia transakcji i formularz zapisu), w jakikolwiek sposób, w tym formie przynajmniej dorozumianej, potwierdził czynność, która – według Banku – miała być dokonana w jego imieniu i na jego rzecz. Wręcz przeciwnie, materiał dowodowy jednoznacznie dowodził okoliczności całkowicie odmiennej. Świadczyła o tym korespondencja prowadzona przez powoda z pozwanym od października 2010 r. (k. 39 i n.), w której B. J. jednoznacznie zaprzeczał, aby potwierdził sporną transakcję. Również słuchany przed Sądem Apelacyjnym powód zeznał, że kilkakrotnie kierował pisma do Banku z interwencją, co się stało z jego pieniędzmi. Ostatecznie w ostatnim dniu 2012 r. wystąpił z przedmiotowym powództwem. Takiego zachowania nie sposób zakwalifikować inaczej jak kwestionowanie transakcji co do (...) sztuk Certyfikatów, co oznacza, że nie doszło do jej potwierdzenia w trybie powołanego przepisu.

Niezasadne było twierdzenie pozwanego, że skoro jego pracownik M. C. został uniewinniony z zarzutu popełnienia przestępstwa polegającego na posłużeniu się sfalszowanymi dyspozycjami pochodzącymi od powoda, a innym pracownikom Banku nie zostały przedstawione zarzuty, pozwany jest zwolniony od odpowiedzialności. Faktem jest, że zgodnie z art. 11 k.p.c. sąd w sprawie cywilnej jest związany jedynie ustaleniami wyroku karnego skazującego co do popełnienia przestępstwa, jednak uniewinnienie jednego z pracowników pozwanego od popełnienia zarzucanego mu czynu samo w sobie nie zwalnia Banku od odpowiedzialności o charakterze cywilnym. Należy zauważyć, że w toku procesu pozwany podkreślał, że „to nie powód, ale pozwany został faktycznie poszkodowany w wyniku przestępczych działań M. C.”.

Niewątpliwie strony łączyła umowa rachunku bankowego, przez którą bank zobowiązuje się względem posiadacza rachunku, na czas oznaczony lub nieoznaczony, do przechowywania jego środków pieniężnych oraz, jeżeli umowa tak stanowi, do przeprowadzania na jego zlecenie rozliczeń pieniężnych (art. 725 k.c.). Oczywistym jest, że jednym z podstawowych obowiązków banku jest dokonywanie transakcji na zlecenie posiadacza rachunku. Nie można przy tym zapominać, że stosownie do art. 65 PrBank bank dokonujący wypłat z rachunku bankowego jest obowiązany sprawdzić autentyczność i prawidłowość formalną dokumentu stanowiącego podstawę do wypłaty oraz tożsamość osoby dającej zlecenie.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, w ramach tej umowy można wyodrębnić dwie różne funkcje. Pierwsza polega na zobowiązaniu banku do przechowywania środków pieniężnych posiadacza rachunku. Druga zaś to zobowiązanie banku do przeprowadzania rozliczeń pieniężnych na zlecenie posiadacza rachunku. Oba te zobowiązania charakteryzuje względna autonomia (por. np. wyrok SN z dnia 16.01.2001 r., II CKN 344/00, Legalis nr 277357). Przez umowę rachunku bankowego bank nabywa prawo własności do zdeponowanych pieniędzy, a posiadaczowi rachunku przysługuje roszczenie o zwrot zdeponowanej kwoty. Niezapewnienie posiadaczowi rachunku bankowego bezpieczeństwa jego środków pieniężnych znajdujących się na tym rachunku przez umożliwienie ich zagarnięcia przez pracownika banku uzasadnia odpowiedzialność tego ostatniego na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych oraz z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Bank ma powszechny i pozakontraktowy obowiązek zapewnienia posiadaczowi rachunku bankowego dostatecznego bezpieczeństwa jego środków pieniężnych znajdujących się na tym rachunku w sposób uniemożliwiający przestępczą działalność własnych pracowników. Zaniechanie tego obowiązku skutkuje odpowiedzialnością banku na podstawie art. 415 k.c. za czyn własny (zob. wyrok SA w Poznaniu z dnia 27.10.2010 r., I ACa 733/10, Lex nr 756715). Taki obowiązek wynika tak naprawdę z treści umowy łączącej bank z kontrahentem, a więc podstawą odpowiedzialności może być przede wszystkim art. 471 k.c. W przypadku

odpowiedzialności banku w związku z prowadzeniem rachunku bankowego może dojść do zbiegu (w rozumieniu art. 443 k.c.) podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej (zob. wyrok SN z dnia 16.01.2008 r., IV CSK 380/07, OSNC-ZD 2008, nr D, poz. 102).

Do przesłanek odpowiedzialności deliktowej należą: 1) zdarzenie, z którym system prawny wiąże odpowiedzialność (delikt), 2) szkoda i 3) związek przyczynowy między owym zdarzeniem a szkodą. Niewątpliwie wszystkie przesłanki odpowiedzialności deliktowej zostały w niniejszej sprawie wykazane. W przypadku odpowiedzialności kontraktowej zmienia się pierwsza przesłanka na niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Oba te reżimy odpowiedzialności opierają się na winie dłużnika.

Wszystkie powyższe przesłanki zostały w niniejszej sprawie spełnione, także – wbrew zarzutom pozwanego – w odniesieniu do pierwszej przesłanki. Omawiany obowiązek Banku należy rozpatrywać w powiązaniu z art. 355 § 2 k.c., z którego wynika podwyższony miernik staranności przy wykonywaniu czynności związanych z zawodowo (profesjonalnie) prowadzoną działalnością gospodarczą, a z taką po stronie Banku mamy niewątpliwie do czynienia w niniejszej sprawie. Innymi słowy, każdy bank (a konkretnie jego pracownik) powinien dochować szczególnej staranności i ostrożności, jeżeli zlecenie przelewu nie jest przedstawiane przez posiadacza rachunku, gdyż w przeciwnym wypadku powstaje znaczne ryzyko powstania szkody w wyniku zrealizowania nieautoryzowanej transakcji.

Z taką właśnie sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. Jak była o tym mowa, to nie powód posłużył się dyspozycjami przelewów z dnia 28 i 29.04.2010 r., a inna osoba, przy czym były to dyspozycje z podrobionymi podpisami powoda, co dotyczy również formularza zapisu. Mając na uwadze zasady doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, nie powinno ulegać wątpliwości, że był to któryś z pracowników Banku i bez znaczenia pozostaje tu, że żadnemu z nich nie przedstawiono skutecznie zarzutów w postępowaniu karnym. Jak zeznał świadek M. C., przelewy z podpisami zostały mu przedstawione przez jego asystenta P. N. (k. 182, nagranie k. 186). Niewątpliwie to właśnie pracownicy pozwanego posłużyli się podrobionymi dokumentami, co jest oczywiste również z tego powodu, że z tytułu pozyskania klienta na omawiane produkty uzyskiwali stosowną prowizję. Okoliczności sprawy wskazują, że – mając na uwadze powołane przepisy – pozwanemu należy przypisać winę za nieautoryzowane przelanie środków pieniężnych z rachunku powoda, a więc podstawową przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej, niezależnie czy opartej na art. 415 k.c., czy na art. 471 k.c. Co więcej, konstrukcja tego ostatniego przepisu wskazuje, że przewiduje on tzw. winę domniemaną, co oznacza, że to na dłużniku (w tym wypadku pozwanym) spoczywa obowiązek wykazania braku winy w celu zwolnienia się od odpowiedzialności. Pozwany takiego dowodu nie przedstawił, o braku winy po jego stronie nie świadczyły również zeznania świadków. Co charakterystyczne strona pozwana również w tym przedmiocie nie przedstawiła żadnych konkretnych zarzutów.

Bezspornie w wyniku opisanych zdarzeń zaistniała szkoda po stronie powoda, która pozostawała w normalnym (adekwatnym) związku przyczynowym ze zdarzeniem w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. Natomiast zasadne były zarzuty pozwanego odnośnie do wysokości dochodzonej kwoty (art. 361 § 2 k.c.), która ostatecznie (po rozszerzeniu powództwa) miała wynieść 1.106.101 USD wraz z ustawowymi odsetkami od wniesienia pozwu (31.12.2012 r.) i kosztami procesu, przy czym na kwotę roszczenia głównego składały się kwoty:

- 1) 595.876 USD – jako różnica między kwotami 754.150,30 USD i 158.274,23 USD,
- 2) 56.674,91 USD – jako ustawowe odsetki od kwoty 754.150,30 USD za okres 28.04.2010 r. – 5.11.2010 r.,
- 3) 165.963,73 USD – jako ustawowe odsetki od kwoty 595.876 USD za okres 6.11.2010 r. – 27.12.2012 r.,
- 4) 287.585,60 USD – tytułem utraconych korzyści do dnia 24.06.2014 r. (zgodnie z wyliczeniem biegłej sądowej).

Suma powyższych kwot wynosi 1.106.100,24 USD, z nie 1.106.101 USD, a więc już tylko z tego względu Sąd Okręgowy nie mógł uwzględnić powództwa w całości.

Powyższe wyliczenie wskazuje, że żądanie zostało skonstruowane nieprawidłowo. Powód żądał bowiem ustawowych odsetek, do czego był uprawniony zgodnie z art. 481 i 482 k.c. Nadto żądał utraconych korzyści (*lucrum cessans*), których zakres czasowy mieścił się w okresie żądanych odsetek. Chociaż odsetki za opóźnienie w spełnieniu świadczenia nie mają charakteru stricte odszkodowawczego, to trzeba zauważyć, że gdyby powód nie został pozbawiony określonych środków pieniężnych, nie uzyskalby odsetek zgodnie z powołanymi przepisami, a mógłby jedynie – co najwyżej – osiągnąć określone korzyści, których możliwości uzyskania został pozbawiony. W przeciwnym razie, a więc w sytuacji pozbawienia go tych środków, jest uprawniony do uzyskania stosownych odsetek, których by nie uzyskał, gdyby nie doszło do zdarzenia wywołującego szkodę. Można w tym miejscu wskazać na konstrukcję kary umownej (art. 483-484 k.c.), której podstawową funkcją jest funkcja odszkodowawcza i nie jest możliwe jej dochodzenie w innej sytuacji, aniżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego, co ma zapobiegać m.in. obejściu przepisów o odsetkach ustawowych i wzbogaceniu się poszkodowanego. Podobnie wyklucza się roszczenie z tytułu *lucrum cessans* i z tytułu ustawowych odsetek, w tym sensie, że kwoty z tych tytułów pomniejszają się wzajemnie.

Słusznie w apelacji została podniesiona zasada wyrównania korzyści z uszczerbkiem (*compensatio lucri cum damno*), która wynika z unormowania pojęcia szkody w art. 361 § 2 k.c. – jako różnicy między dwoma stanami majątkowymi poszkodowanego. Powszechnie przyjęta w tym przedmiocie została tzw. metoda dyferencyjna, która nakazuje oszacować uszczerbek majątkowy przez porównanie stanu majątkowego jaki istniał przed wystąpieniem zdarzenia wywołującego szkodę z hipotetycznym stanem majątkowym, jaki by istniał, gdyby nie miało miejsce zdarzenie szkodzące. Porównanie obu stanów pozwala na ustalenie prawnie relewantnej różnicy w dobrach poszkodowanego i tak ustalona szkoda podlega rekompensacie. Wskazana zasada *compensatio lucri cum damno* ma zastosowanie w sytuacji, gdy w wyniku zdarzenia szkodzącego poszkodowany – oprócz doznania jego negatywnych konsekwencji – odnosi pewne korzyści. W tym procesie porównawczym ta zasada służy właśnie ustaleniu rozmiaru prawnie relewantnego uszczerbku i jego uwzględnienie stanowi obowiązek, a nie uprawnienie sądu, wynikający wprost z art. 361 § 2 k.c. Przy zastosowaniu zasady *compensatio lucri cum damno* należy uwzględnić korzyści skutkujące powiększeniem majątku poszkodowanego, jak również wydatki zaoszczędzone przez niego lub zwalniające go z zaciągniętych zobowiązań.

Nie może ulegać wątpliwości, że taką korzyścią są właśnie odsetki, jakie powód ma uzyskać w wyniku tego, że został pozbawiony określonych środków w określonym czasie. Pomniejszają one utracone korzyści, a więc szkodę, jaką poniósł on w wyniku zaistnienia tego samego zdarzenia (ewentualnie odwrotnie, w zależności, która z kwot będzie wyższa). Gdyby takie pomniejszenie nie zostało dokonane, powód zostałby bezpodstawnie wzbogacony, gdyż z jednej strony miałby uzyskać odsetki, a więc określone środki finansowe, a z drugiej strony miałby odzyskać korzyści, które utracił w wyniku tego, że nie mógł zainwestować środków, których został pozbawiony. Taka konstrukcja nie miałaby uzasadnienia prawnego i byłaby sprzeczna z zasadami dotyczącymi obowiązku naprawienia szkody.

Odnosnie do ustalenia szkody w postaci *lucrum cessans*, ma ona zawsze charakter hipotetyczny, czyli polega na przyjęciu – na podstawie okoliczności, które wystąpiły po okresie spodziewanego zysku – że zysk w okresie poprzednim zostałby osiągnięty. Jednakże utrata zysku musi być przez poszkodowanego udowodniona (art. 6 k.c.), nie w sensie wykazania co do tego pewności, ale z takim dużym prawdopodobieństwem, że praktycznie można w świetle doświadczenia życiowego przyjąć, że utrata zysku rzeczywiście miała miejsce (zob. np. wyroki SN: z dnia 22.01.2008 r., II CSK 377/07, Lex nr 492167 i z dnia 19.06.2008 r., V CSK 19/08, Lex nr 424433, wyroki SA w Poznaniu: z dnia 8.04.2010 r., I ACa 154/10, Lex nr 628179 i z dnia 30.06.2010 r., I ACa 504/10, Lex nr 756620). Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Samo twierdzenie strony nie jest dowodem, a twierdzenie dotyczące istotnej dla sprawy okoliczności (art. 227 k.p.c.) powinno być udowodnione przez stronę to twierdzenie zgłaszającą (wyrok SN z dnia 22.11.2001 r., I PKN 660/00, (...) 2002, nr 7-8, s. 44).

Przenosząc wszystkie powyższe rozważania na realia niniejszej sprawy trzeba wskazać, że w dniu 23.06.2014 r. powód uzyskał kwotę 1.592.000 zł za (...) Certyfikatów, tj. po 99,50 zł/sztukę (oświadczenie k. 680, wyciąg z

rachunku bankowego k. 687), co potwierdził również w swoich zeznaniach (k. 700, nagranie k. 702). Biorąc pod uwagę tabelę kursów NBP nr (...) z dnia 23.06.2014 r., z której wynika kurs USD w polskiej walucie 3,0627 zł, uzyskana kwota stanowiła równowartość 519.802,79 USD. Ta kwota stanowiła niewątpliwie korzyść, jaką uzyskał powód, która podlegała zaliczeniu na zasadzie *compensatio lucri cum damno*. Całkowicie niezasadne było twierdzenie strony powodowej, że „nie ulega zaliczeniu na poczet odszkodowania suma pieniężna otrzymana z innych tytułów i od innych podmiotów niż osoby odpowiedzialne za szkodę” (k. 703-704). Przede wszystkim trzeba zauważyć, że nie była to kwota uzyskana na „odrębnej i niezależnej podstawie prawnej”. Jak można rozumieć, zdaniem powoda powinien on otrzymać niezależnie kwotę 595.876 USD i wskazaną kwotę 519.802,79 USD. Takie twierdzenie jest sprzeczne chociażby z postępowaniem samego powoda, który nie dochodził pełnej przelanej kwoty 754.150,30 USD, ale pomniejszył ją o kwotę 158.274,23 USD, którą uzyskał w dniu 5.11.2010 r. ze sprzedaży(...) sztuk Certyfikatów, a więc sam uznał, jak najbardziej słusznie, że w zakres jego szkody nie wchodzi korzyści, jakie uzyskał w związku z zaistniałym zdarzeniem, tj. nieautoryzowanym kupnem (...) sztuk Certyfikatów.

Analogicznego zaliczenia powód nie dokonał jednak w odniesieniu do pozostałych Certyfikatów. Nie uczynił tego również Sąd I instancji, chociaż zaskarżony wyrok został wydany ponad rok po wykupie Certyfikatów, a więc była to okoliczność, którą Sąd ten powinien był wziąć pod uwagę, gdyż miała wpływ na merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy. Takie zaniechanie nie znajduje żadnych podstaw prawnych, było sprzeczne z powołaną zasadą i prowadziło do nieuzasadnionego wzbogacenia powoda o kwotę 519.802,79 USD. Trzeba zauważyć, że korzyści w dniach 5.11.2010 r. i 23.06.2014 r. zostały uzyskane przez powoda z tego samego tytułu i na tej samej podstawie, a mianowicie realizacji Certyfikatów uzyskanych w wyniku zakwestionowanych transakcji, z tym, że pierwsza była wynikiem samodzielnej i dobrowolnej decyzji B. J., który sprzedał (...) sztuk Certyfikatów, zaś druga była wynikiem upływu okresu, na jaki Certyfikaty zostały nabyte i w konsekwencji ich wykupu przez właściwą spółkę. Wynikiem tego było uzyskanie przez powoda korzyści w postaci kwot 158.274,23 USD i 519.802,79 USD, które niewątpliwie wpłynęły do jego majątku, aczkolwiek w sumie w kwocie niższej, co wynikało głównie z różnic kursowych i wzrostu kursu dolara w stosunku do złotówki. Zatem ta druga kwota również pomniejszyła kwotę objętą żądaniem pozwu.

Niezasadne było tu stwierdzenie pozwanego, że zaliczona powinna była zostać kwota wynikająca z opinii biegłej sądowej M. H., która wyliczyła wartość jednego Certyfikatu serii (...), związanego z Indekssem (...) (...), o wartości nominalnej 100 zł i terminie wykupu 24.06.2014 r., wyemitowanych przez (...), na dzień wykupu, tj. 24.04.2014 r., na kwotę 100,25 zł, a więc wartość (...) sztuk tych Certyfikatów na ten dzień wynieść miała 1.604.000 zł. Różnica (w stosunku do kwoty faktycznie uzyskanej przez powoda) była niewielka, ale uwzględnić należało faktyczną kwotę, jaką uzyskał powód, gdyż ta właśnie kwota stanowiła faktyczną korzyść uzyskaną przez niego.

Kolejna kwestia dotyczyła utraconych korzyści, które były związane z możliwością zainwestowania środków pieniężnych, gdyby nie doszło do ich nieautoryzowanego ich przelania. Niezasadny był zarzut zawarty w apelacji naruszenia art. 278 § 1 k.p.c., w powiązaniu z innymi przepisami, albowiem Sąd I instancji prawidłowo dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego celem ustalenia ich wartości, natomiast inną kwestią jest, czy wyciągnął z niej prawidłowe wnioski. Sąd ten prawidłowo oparł się na opinia biegłej sądowej M. H. (opinia pisemna k. 468-505), a nie opinii biegłego sądowego P. M.. Tę drugą dyskwalifikowało chociażby stwierdzenie, że wartość Certyfikatów na datę sporządzenia opinii wynosi 0 zł i z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością można stwierdzić, że w dniu wykupu (24.06.2014 r.) również wynosić będzie 0 zł, chociaż z uzasadnienia opinii mogłoby wynikać, że chodzi o zysk, a inwestor otrzymałby tylko zwrot 100% zainwestowanej kwoty. Niemniej opinia biegłej sądowej M. H. słusznie została uznana za miarodajną dla wydania orzeczenia w sprawie, aczkolwiek zawierała błąd metodologiczny, o którym będzie mowa poniżej, a który miał wpływ na wynik sprawy.

Zarzuty pozwanego w tym przedmiocie sprowadzały się tak naprawdę nie do tego, że powód w ogóle nie uzyskałby korzyści, ale że Sąd I instancji przyjął niewłaściwy wariant z przedstawionych przez biegłą sądową (zarzuty nr 2.6 i 2.7). Wyliczyła ona bowiem, że wartość utraconych korzyści majątkowych powoda w związku z nieautoryzowanymi operacjami bankowymi pozwanego Banku w wysokości 754.150,30 USD w dniach 28 i 29.04.2010 r. wynosi:

1) w pierwszym wariancie kwotę 287.585,60 USD na dzień 24.06.2014 r., przy założeniu, że powód inwestowałby w fundusze inwestycyjne – na podstawie zestawienia rzeczywistych transakcji powoda za okres 22.07.2010 r. – 31.12.2011 r., dokonywanych funduszami (...) (...), (...) (...) oraz (...) (...);

2) w drugim wariancie kwotę 71.354,22 USD na dzień 3.12.2013 r., przy założeniu, że powód kupiłby obligacje korporacyjne (...) – były to pierwsze obligacje korporacyjne oferowane przez (...).

Sąd I instancji przyjął za prawidłowy pierwszy z wariantów, nie uzasadniając jednak szerzej swojego stanowiska. Tymczasem już w opinii ustnej złożonej na rozprawie w dniu 24.06.2015 r. biegła sądowa M. H. wskazała, że były w aktach sprawy dowody, iż powód inwestował w inny sposób. Nie wzięła pod uwagę wszystkich inwestycji, oparła się na rzeczywistych transakcjach powoda, przy założeniu, że inwestowałaby w te fundusze. Obliczyła utracone korzyści, jakie powód z dużym prawdopodobieństwem osiągnąłby. Aby opinia była pełniejsza, należałoby uzupełnić materiał dowodowy poprzez wszystkie transakcje, których dokonywał powód (k. 582 nagranie k. 583). Zatem już tylko z tej wypowiedzi wynikało, że powód w okresie, który biegła sądowa brała pod uwagę, dokonywał innych transakcji niż w te trzy wymienione fundusze, a pierwszy wariant został wyliczony „przy założeniu, że powód inwestowałby w fundusze inwestycyjne”.

Innymi słowy, Sąd Okręgowy powinien był ustalić, czy z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można byłoby przyjąć na podstawie materiału dowodowego, że powód rozporządziłby kwotą 754.150,30 USD dokładnie w taki sposób. Nawet materiał dowodowy zebrany przed Sądem I instancji nie dawał podstaw do wyciągnięcia takiego wniosku. W piśmie z dnia 16.10.2010 r. powód wymienił różnego rodzaju transakcje, które zostały dokonane w 2010 r. przez pracowników Banku, chociaż bez jego ostatecznej decyzji potwierdzonej pisemnym zleceniem (k. 42). Tej kwestii Sąd Okręgowy w ogóle nie rozważył, a słuchany w charakterze strony powód potwierdził, że miały one miejsce (k. 700, nagranie k. 702). Co istotne, zakwestionowana została tylko jedna z nich, a mianowicie objęta żądaniem pozwu.

W aktach sprawy znajdowało się również pismo (...) z dnia 9.02.2015 r., w którym spółka ta potwierdziła, że w dniu 29.06.2010 r. B. J. nabył za jej pośrednictwem certyfikaty (...) (k. 556). Znalazło to potwierdzenie w zeznaniach świadka P. N.: „Klient później przyszedł w lipcu i też był zainteresowany produktem (...). Powód chciał zakupić certyfikaty w okresie wakacyjnym i zakupił je poprzez doradcę (...)” (k. 216, nagranie k. 217). Materiał dowodowy w tym zakresie był spójny, a Sąd I instancji nie wyjaśnił, z jakich przyczyn nie wziął tych dowodów pod uwagę, a więc w tym przedmiocie zarzut apelacyjny był jak najbardziej słuszny. Powód twierdził, że to pismo dotyczy transakcji ze sfałszowanym podpisem (k. 699, nagranie k. 702), co nie miało żadnego uzasadnienia.

Poza tym zeznając w charakterze strony powód przyznał, że współpraca z pozwanym polegała na finansowaniu różnych przedsięwzięć dostępnych w Banku, udziale w różnego rodzaju możliwych transakcjach, które by przynosiły zyski. To były lokaty, inwestycje w fundusze i też poprzez Bank inwestycje w zagraniczne fundusze (k. 698, nagranie k. 702). Podobnie zresztą świadek M. C. zeznał, że powód jeszcze w 2010 r. nabył jakąś lokatę przez P. N., były jakieś obligacje i lokaty bankowe (k. 184, nagranie k. 186).

Także z dokumentów wynikało, że w spornym okresie powód zakładał lokaty: w dniu 29.04.2010 r. założył lokatę nr (...) na kwotę 700.000 USD, która została przez niego zlikwidowana w dniu 21.07.2010 r., w ten sposób, że na rachunku pozostała kwota odsetek w wysokości 2.368,90 USD, a ostatecznie w dniu 12.01.2013 r. złożył dyspozycję zerwania lokaty o wskazanym numerze na kwotę 3.240,15 USD, w wyniku czego w dniu następnym została mu wypłacona kwota 3.240,55 USD (zestawienia, potwierdzenie założenia lokaty terminowej przez powoda, dyspozycja zerwania lokaty k. 148, 196, k. 198). Zeznania powoda w tym przedmiocie były całkowicie niewiarygodne i nielogiczne. Według tych zeznań miał to być „przekręt” ze strony M. C. i taka lokata nie istniała (k. 699, nagranie k. 702), podczas gdy – jak wskazano – w ramach tej lokaty były naliczane odsetki, które zostały powodowi przekazane. Co więcej, powód sam przyznał, że nie potrafi wytłumaczyć, z jakiego tytułu miałby uzyskać od Banku kwotę 700.000 USD. Oczywistym jest, że pozwany nie przekazał powodowi bez żadnego tytułu tak wysokiej kwoty i była to transakcja dokonana ze środków pieniężnych B. J., a więc dokonana przez niego.

W konsekwencji zgodzić się należało z zarzutami zawartymi w apelacji, dotyczącymi naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., a mianowicie oceną materiału dowodowego w zakresie utraconych korzyści. Już materiał dowodowy zebrany przez Sąd I instancji nie dawał podstaw do przyjęcia, że z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością powód dokonywałby transakcji według pierwszej z wersji przedstawionych przez biegłą sądową, a więc transakcji obarczonych wysokim ryzykiem. Zeznania powoda przed Sądem Apelacyjnym jedynie potwierdziły ten wniosek. Zasadne w związku z tym było przyjęcie drugiego wariantu, tj. w odniesieniu do bezpiecznych transakcji, które również przyniosłyby powodowi określony zysk.

Jak wskazano wcześniej, opinia biegłej sądowej M. H. była obciążona błędem, a mianowicie Sąd Okręgowy nie uwzględnił w postanowieniu dowodowym faktu sprzedaży przez powoda części Certyfikatów w dniu 5.11.2010 r. Skutkowało to tym, że biegła sądowa wyliczyła wysokość utraconych korzyści w obu wariantach przy zainwestowaniu pełnej kwoty 754.150,30 USD, co oczywiście nie miało uzasadnienia, skoro od dnia 5.11.2010 r. utracone korzyści mogły być związane jedynie z kwotą 595.876,07 USD (w żądaniu pozwu została ona zaokrąglona w dół). Pozostałą częścią, tj. 158.274,23 USD, powód już w tym dniu dysponował, a więc nie można mówić o utraconych korzyściach od tej kwoty. Podstawiając właściwe dane do wyliczeń biegłej sądowej w pierwszym wariantcie, otrzymalibyśmy kwotę 850.766,84 USD, a nie kwotę 1.041.735,90 USD. Wynika to z faktu, że transakcję z dnia 26.11.2010 r. na kwotę 866.544,52 USD należałoby pomniejszyć o kwotę 158.274,23 USD, co dałoby kwotę 708.270,29 USD, w wyniku czego zmieniłyby się wartości w kolejnych transakcjach. Stąd wynikałaby różnica między właściwą kwotą a kwotą wyliczoną przez biegłą sądową. Przy tym kwota 850.766,84 USD podlegałaby pomniejszeniu o kwotę 595.876,07 zł (pozostała dla wyliczenia utraconych korzyści), co dałoby ostatecznie ich wartość w kwocie 254.890,77 USD, którą to kwotę należałoby pomniejszyć o właściwe odsetki.

Jak jednak wskazano, zasadne było przyjęcie drugiego wariantu i obliczenie utraconych korzyści jak dla kupna obligacji (...) od kwoty 595.876,07 USD, gdyż ich emisja miała miejsce w dniu 26.11.2010 r., a więc już po sprzedaży przez powoda części Certyfikatów. Za tę kwotę powód otrzymałby 1.696.816,70 zł (po kursie 2,8476 zł/USD), za co mógł kupić 16.698 obligacji. Biorąc pod uwagę oprocentowanie i trzyletni okres wykupu, uzyskałby z tego 425.052,58 zł odsetek (1.696.816,70 zł x 3 x 8,35%), co oznacza, że w dniu 2.12.2013 r. dysponowałby kwotą 2.121.869,28 zł (suma kwot 1.696.816,70 zł i 425.052,58 zł), a więc równowartością 652.260,70 USD. Oznacza to, że jego utracona korzyść mogła wynieść, co najwyżej, kwotę 56.384,63 USD, stanowiącą różnicę między kwotami 652.260,70 USD i 595.876,07 USD.

Jak wskazano, zakresie skapitalizowanych odsetek ustawowych powód żądał kwot: 56.674,91 USD – jako ustawowe odsetki od kwoty 754.150,30 USD za okres 28.04.2010 r. – 5.11.2010 r., i 165.963,73 USD – jako ustawowe odsetki od kwoty 595.876 USD za okres 6.11.2010 r. – 27.12.2012 r. Prawidłowa wysokość odsetek za okres 28.04.2010 r. – 5.11.2010 r., tj. 192 dni, wyniosła jednak 51.571,48 USD, czego Sąd I instancji nie zweryfikował i taka kwota podlegała uwzględnieniu. Ustawowe odsetki od kwoty 595.876 USD za okres 6.11.2010 r. – 27.12.2012 r., tj. za 783 dni, wyniosły 166.175,94 zł, ale skoro powód żądał kwoty niższej, Sądy były związane żądaniem (art. 321 § 1 k.c.). Korzyści powoda na dzień 2.12.2013 r., a więc dzień przed wykupem obligacji (...), z tytułu odsetek w wysokości 165.963,73 USD i odsetek od tej kwoty (zgodnie z żądaniem pozwu) od dnia 31.12.2012 r. do dnia 2.12.2013 r. wyniosły 185.883,92 USD (odsetki od kwoty 165.963,73 USD za ten okres wyniosły 19.920,19 USD). Z tej kwoty na poczet utraconych korzyści należało zaliczyć kwotę 56.384,63 USD, w wyniku czego otrzymujemy kwotę odsetek 129.499,29 USD na dzień 3.12.2013 r., od której od tego dnia należały się dalsze odsetki.

Ponadto, jak była o tym mowa, w dniu 5.11.2010 r. powód wykonał transakcję sprzedaży części Certyfikatów w liczbie (...) po kursie 88 zł, w wyniku czego uzyskał kwotę 437.375 zł (kwota 440.0000 zł minus prowizja 2.625 zł), co stanowiło równowartość 158.274,23 USD – według kursu NBP po 2,7634 zł/USD, zgodnie z tabelą nr (...) z dnia 4.11.2010 r., obowiązującą od dnia następnego (k. 13). Powód przekonywał, że dokonał tej sprzedaży, bo pieniądze były mu potrzebne na życie i z przyczyn rodzinnych (k. 699, nagranie k. 702). Tym zeznaniom nie można było dać wiary. Jak była mowa, od koniec lipca 2010 r. powód zlikwidował lokatę na kwotę 700.000 USD. Nadto w dniu 8.04.2011 r. kupił (...) jednostek uczestnictwa za kwotę 588.000 zł (k. 13). Świadczy to o tym, że sytuacja powoda nie wymuszała

sprzedaży (...) sztuk Certyfikatów. Gdyby powód nie dokonał sprzedaży, to uzyskałby za 1 sztukę Certyfikatu nie kwotę 88 zł, ale 99,50 zł (w dacie wykupu). Nie można w takiej sytuacji obciążać pozwanego negatywnymi skutkami, gdyż wierzyciel jest zobowiązany współdziałać z dłużnikiem przy spełnieniu świadczenia (art. 354 § 2 k.c.), a w szczególności nie doprowadzać do zwiększenia szkody. Gdyby więc powód odczekał ze sprzedażą (...) sztuk certyfikatów do dnia 23.06.2014 r., tym bardziej że kwestionowanych transakcję co do nich, to otrzymałby kwotę 2.089.500 zł ((...) sztuk x 99,50 zł/sztukę), stanowiącą równowartość kwoty 682.241,16 USD. Ostatecznie więc szkoda powoda z tytułu kwoty 754.150,30 USD sprowadzała się do kwoty 71.909,14 USD (różnica między kwotami 754.150,30 USD i 682.241,16 USD), od której to kwoty należały się odsetki od dnia następnego po wykupie. Odsetki do daty wykupu należały się od kwoty 596.876 USD, a więc zgodnie z żądaniem pozwu.

W konsekwencji roszczenie powoda było zasadne co do ustawowych odsetek od kwoty 596.876 USD do dnia 23.06.2014 r. oraz co do kwoty 252.979,14 USD, na którą składały się ww. kwoty:

- 71.909,14 USD – jako pozostała część z pobranej nienależnie kwoty, wynikająca z różnicy między ceną nabycia i wykupu Certyfikatów oraz zmiany kursu waluty amerykańskiej w okresie omawianych kilku lat,
- 51.571,48 USD – jako ustawowe odsetki od kwoty 754.150,30 USD za okres 28.04.2010 r. – 5.11.2010 r.,
- 129.499,29 USD – jako ustawowe odsetki od kwoty 595.876 USD za okres 6.11.2010 r. – 27.12.2012 r. i dalsze odsetki od kwoty 165.963,73 USD za okres 31.12.2012 r. – 2.12.2013 r., pomniejszone o utracone przez powoda korzyści.

Od tych kwot należały się powodowi dalsze ustawowe odsetkami – z uwzględnieniem treści art. 481 i 482 k.c. – od dat wcześniej wskazanych, przy czym do dnia 31.12.2015 r., a to z uwagi na zmianę art. 481 k.c., jaka miała miejsce od dnia 1.01.2016 r. Ze względu na nowelizację tego przepisu od dnia 1.01.2016 r. od zasądzonej kwoty należały się odsetki ustawowe za opóźnienie. W pozostałym zakresie powództwo podlegało oddaleniu, co oznaczało, że zaskarżony wyrok podlegał stosownej zmianie, zaś w pozostałym zakresie apelacja – jako niezasadna – została oddalona.

Zmiana wyroku w odniesieniu do żądania głównego na korzyść pozwanego oznaczała również konieczność zmiany rozstrzygnięcia w zakresie kosztów procesu, zgodnie z art. 100 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.) i w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 461 ze zm.). Ostatecznie powód wygrał sprawę w 22,9%, zaś pozwany w 77,1% i w takim też stosunku zostały rozdzielone koszty postępowania pierwszoinstancyjnego, na które składały się:

- ze strony powoda: opłata od pozwu (100.000 zł), uiszczona i wykorzystana zaliczka na poczet dowodu z opinii biegłego sądowego (2.000 zł – k. 257v, 430), wynagrodzenie pełnomocnika procesowego (7.200 zł) i opłata skarbową od dokumentu pełnomocnictwa (17 zł),
- ze strony pozwanego: uiszczona i wykorzystana zaliczka na poczet dowodu z opinii biegłego sądowego (6.000 zł – k. 257v, 430, 464, 525), wynagrodzenie pełnomocnika procesowego (7.200 zł) i opłata skarbową od dokumentu pełnomocnictwa (17 zł).

Jednocześnie na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 623) obciążono strony brakującymi kosztami w sprawie, tj. kosztami opinii biegłego sądowego i stawiennictwa biegłego na rozprawie (2.169,39 zł – k. 525, 584) – w stosunku, w jakim strony przegrały sprawę.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 i art. 385k.p.c., orzeczono jak w punktach I i II sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 w zw. z § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r., przy czym na koszty stron w tym postępowaniu

składały się opłata od apelacji (100.000 zł) uiszczona przez pozwanego i wynagrodzenie pełnomocników procesowych stron (po 5.400 zł).