

Sygn. akt **V Ca 2852/21**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 marca 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Maria Dudziuk
Sędziowie:	
Protokolant:	Norbert Ziólek

po rozpoznaniu w dniu 6 marca 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa E. S., A. S.

przeciwko (...) Towarzystwu Funduszy Inwestycyjnych S.A. z siedzibą w W., Bank (...) S.A. z siedzibą w G.

naprawienie szkody wynikłej z czynu niedozwolonego

na skutek apelacji obojga pozwanych

od wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie

z dnia 16 lipca 2021 r., sygn. akt VI C 2464/20

1. oddała obie apelacje;
2. zasądza od każdego z pozwanych na rzecz powodów E. S. i A. S. kwoty po 900,00 zł (dziewięćset) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w instancji odwoławczej.

Sygn. akt **V Ca 2852/21**

UZASADNIENIE

Mając na uwadze treść art. 387 § 21 k.p.c. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. (Dz.U.2019.1469) Sąd Okręgowy nie uzupełniając postępowania dowodowego i nie uzupełniając ustaleń faktycznych zważył co następuje:

Żadna z apelacji wywiedzionych przez pozwanych od wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie z dnia 16 lipca 2021r. wydanego w sprawie VI C 2464/20 nie zasługuje na uwzględnienie, a podniesione w nich zarzuty nie mogą skutkować ani zmianą, ani uchyleniem wyroku. Sąd Okręgowy w całej rozciągłości podziela i przyjmuje za własne zarówno dokonane przez Sąd I Instancji ustalenia faktyczne, jak i prawną ocenę dokonanych ustaleń wskazaną w pisemnych motywach orzeczenia.

Sąd Rejonowy dokonał prawidłowych ustaleń stanu faktycznego, znajdujących pełne oparcie w zebranych w sprawie materiale dowodowym i trafnie uznał, że obaj pozwani są co do zasady odpowiedzialni za szkodę powodów w postaci spadku wartości certyfikatów. Z uwagi na wykazane w trakcie procesu złe zarządzanie, szkody poniesionej przez powodów nie sposób uznać jedynie za szkodę inwestycyjną czy ewentualną, jak podnosili pozwani. W tym zakresie Sąd Okręgowy w składzie niniejszym w pełni podziela stanowisko tutejszego Sądu wyrażone w motywach wyroku z dnia 31 stycznia 2023r. w sprawie o analogicznym stanie faktycznym toczącej się pod sygn. V Ca 2626/2. Zasadne jest zatem odwołanie się do treści motywów wskazanego orzeczenia, w których wyjaśniono powody, dla których zarzuty apelacji obu pozwanych w analogicznym stanie faktycznym uwzględnione zostać nie mogą.

Przed przystąpieniem do oceny zarzutów podniesionych w obu wniesionych apelacjach wskazać należy, że Towarzystwo funduszy inwestycyjnych jest organem funduszu inwestycyjnego, które tworzy fundusz inwestycyjny, zarządza nim i reprezentuje fundusz w stosunkach z osobami trzecimi (art. 4 ust. 1 i 2 UFI).

Depozytariusz natomiast wykonuje obowiązki określone w ustawie, w szczególności polegające na przechowywaniu aktywów oraz prowadzeniu rejestru aktywów funduszu inwestycyjnego lub alternatywnej spółki inwestycyjnej, a także na zapewnieniu właściwego monitorowania przepływu środków pieniężnych tych podmiotów. Depozytariusz jest obowiązany przy wykonywaniu swoich obowiązków działać w sposób rzetelny, dochowując należytej staranności wynikającej z profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności (art. 9 UFI). Stosownie do art. 72 ust. 1 UFI do obowiązków depozytariusza należy:

- 1) przechowywanie aktywów funduszu inwestycyjnego;
- 2) prowadzenie rejestru wszystkich aktywów funduszu inwestycyjnego;
- 3) zapewnienie, aby środki pieniężne funduszu inwestycyjnego były przechowywane na rachunkach pieniężnych i rachunkach bankowych prowadzonych przez podmioty uprawnione do prowadzenia takich rachunków zgodnie z przepisami prawa polskiego lub spełniające w tym zakresie wymagania określone w prawie wspólnotowym lub równoważne tym wymaganiom;
- 4) zapewnienie monitorowania przepływu środków pieniężnych funduszu inwestycyjnego;
- 5) zapewnienie, aby zbywanie i odkupywanie jednostek uczestnictwa oraz emitowanie, wydawanie i wykupywanie certyfikatów inwestycyjnych odbywało się zgodnie z przepisami prawa i statutem funduszu inwestycyjnego;
- 6) zapewnienie, aby rozliczanie umów dotyczących aktywów funduszu inwestycyjnego następowało bez nieuzasadnionego opóźnienia, oraz kontrolowanie terminowości rozliczania umów z uczestnikami funduszu;
- 7) zapewnienie, aby wartość aktywów netto funduszu inwestycyjnego oraz wartość aktywów netto przypadających na jednostkę uczestnictwa lub certyfikat inwestycyjny była obliczana zgodnie z przepisami prawa i statutem funduszu inwestycyjnego;
- 8) zapewnienie, aby dochody funduszu inwestycyjnego były wykorzystywane w sposób zgodny z przepisami prawa i ze statutem funduszu inwestycyjnego;
- 9) wykonywanie poleceń funduszu inwestycyjnego, chyba że są sprzeczne z prawem lub statutem funduszu inwestycyjnego;
- 10) weryfikowanie zgodności działania funduszu inwestycyjnego z przepisami prawa regulującymi działalność funduszy inwestycyjnych lub ze statutem w zakresie innym niż wynikający z pkt 5-8 oraz z uwzględnieniem interesu uczestników.

Depozytariusz poprzez stałą kontrolę czynności faktycznych i prawnych dokonywanych przez fundusz oraz nadzorowanie doprowadzania do zgodności tych czynności z prawem i statutem funduszu zapewnia zgodne z prawem

i statusem wykonywanie obowiązków określonych w punktach 3-8 powyżej (art. 72 ust. 3 UFI). Depozytariusz nie może wykonywać czynności dotyczących funduszu lub towarzystwa, które mogłyby wywołać konflikt interesów pomiędzy nim, funduszem inwestycyjnym, towarzystwem lub uczestnikami funduszu inwestycyjnego, w szczególności pełnić funkcji prime brokera, chyba że oddzieli pod względem organizacyjnym i technicznym sprawowanie funkcji depozytariusza funduszu inwestycyjnego od wykonywania innych czynności, których wykonywanie może powodować powstanie konfliktu interesów oraz zapewni właściwą identyfikację, monitorowanie oraz zarządzanie konfliktami interesów, a także informowanie uczestników funduszu o stwierdzonych przypadkach wystąpienia takiego konfliktu (art. 72 ust. 4 UFI).

Zgodnie z art. 10 UFI wykonując swoje zadania towarzystwo i depozytariusz oraz zarządzający ASI i depozytariusz działają niezależnie i w interesie odpowiednio uczestników funduszu inwestycyjnego i inwestorów alternatywnej spółki inwestycyjnej. Zasada ta ma na celu zagwarantowanie rozdzielenia funkcji sprawowanych przez te podmioty, a co za tym idzie zapewnienie zgodności działania funduszu z wymogami ustawowymi oraz regulacjami wewnętrznymi jak statut, polityka, strategia inwestycyjna. Podejmowanie działań ma zmierzać do osiągnięcia zysków i uniknięcia strat przez uczestników funduszu (inwestorów ASI) a nie prowadzić jedynie do generowania zysku osiąganego przez fundusz, depozytariusza, spółki celowe czy kredytodawców. Zasada wyrażona w art. 10 UFI została skonkretyzowana na gruncie art. 73 UFI wprowadzającego zakazy powiązań między towarzystwem a depozytariuszem. Przejawia się ona m.in. w zakazie obejmowania przez członków organów depozytariusza i jego pracowników funkcji członków zarządu lub rady nadzorczej towarzystwa (art. 73 ust. 1 UFI) oraz zakazie obejmowania przez depozytariusza akcji towarzystwa będącego organem funduszu inwestycyjnego, którego aktywa rejestruje ani spółki zarządzającej lub zarządzającego z UE, którzy zarządzają takim funduszem i prowadzą jego sprawy (art. 73 ust. 2 UFI).

Ustawa o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi przewiduje odpowiedzialność towarzystwa i depozytariusza za szkody spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem swoich obowiązków. Zgodnie z art. 64 ust. 1 UFI Towarzystwo odpowiada wobec uczestników zbiorczego portfela papierów wartościowych oraz uczestników funduszu inwestycyjnego za wszelkie szkody spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem swoich obowiązków w zakresie zarządzania zbiorczym portfelem papierów wartościowych lub funduszem i jego reprezentacji, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków jest spowodowane okolicznościami, za które towarzystwo odpowiedzialności nie ponosi. Stosownie zaś do art. 73 ust. 3 UFI jeżeli uczestnicy funduszu inwestycyjnego ponieśli szkody spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków towarzystwa w zakresie zarządzania funduszem i jego reprezentacji, domniemywa się, że depozytariusz będący podmiotem z grupy kapitałowej towarzystwa świadomie zaniechał wykonywania swoich obowiązków wynikających z ustawy oraz umowy o wykonywanie funkcji depozytariusza funduszu inwestycyjnego.

Odpowiedzialność Towarzystwa aktualizuje się w przypadku ustalenia nieprawidłowości w zarządzaniu funduszem przez Towarzystwo.

Mając na względzie przytoczone regulacje prawne za prawidłowe uznać należy wnioski Sądu I Instancji, iż przeprowadzone w niniejszej sprawie postępowanie dowodowe, w tym w szczególności opinia biegłego sądowego, pozwoliło na stwierdzenie, że (...) nienależycie wykonywało zobowiązania w zakresie zarządzania portfelem nieruchomości Funduszu. W dokonaniu tych ustaleń Sąd posłużył się dowodem z opinii biegłego sądowego P. C. wydanej na podstawie dokumentów przedłożonych przez strony procesu. Z opinii tej wynika, że sam mechanizm działania Funduszu oparty na zasadzie dźwigni finansowej, tj. finansowaniu działalności długiem nie był nieprawidłowy, gdyż na utratę przez Fundusz rentowności i spadek wartości certyfikatów inwestycyjnych miało wpływ kilka czynników, które wystąpiły jednocześnie. Na przełomie lat 2008/2009 miał miejsce światowy kryzys, którego skutkiem był istotny spadek cen nieruchomości komercyjnych, a także spadek czynszów najmu wskutek podaży nowych obiektów, zwłaszcza biurowych, spadek wartości euro, w której to walucie określano stawki czynszu najmu i określano wartość nieruchomości. Czynniki te nie były zależne od Funduszu i nie można było ich przewidzieć w chwili jego powstania. Korekta cen na rynku nieruchomości komercyjnych, przy założeniu poziomu optymalnego zadłużenia w wysokości 50%, przyjmując jako wartość referencyjną cenę certyfikatu na poziomie (...) zł, spowodowała

spadek cen o ok.(...)zł. Spadek wartości certyfikatów wzmożony został przez politykę działania Funduszu. Inwestycje Funduszu w wysokim stopniu finansowane były kredytami bankowymi udzielanymi zarówno Funduszowi, jak i spółkom celowym. Pomimo, że w skład portfela Funduszu wchodziły nieruchomości, to nie były one nabywane przez Fundusz bezpośrednio. W celu nabycia nieruchomości i rozbudowy portfela Fundusz nabywał spółki celowe, które nabywały nieruchomości. Nabycie nieruchomości przez spółki celowe finansowane było kredytami, zatem nabywając spółkę celową wraz z nieruchomością Fundusz nabywał również kredyt. W Centrum (...) oraz (...) występowało pośrednie powiązanie kapitałowe – właścicielami nieruchomości w częściach ułamkowych były spółki celowe, zaś spółka celowa wchodząca bezpośrednio w zasób portfela była właścicielem akcji tych spółek celowych. Fundusz przedstawiał również wysoki poziom wydatków operacyjnych związanych z utrzymaniem i eksploatacją nieruchomości, wysokim poziomem kosztów operacyjnych spółek celowych oraz poziomem kosztów zarządzania Funduszem. Agresywna polityka w zakresie finansowania inwestycji długim na poziomie(...) spowodowała wzrost straty o kolejne (...) zł. Spadek wartości certyfikatów inwestycyjnych do poziomu (...)złoty mieścił się w zakresie spadku spowodowanego korektą cen na rynku nieruchomości i finansowania inwestycji długim. Spadek wartości certyfikatów poniżej tej kwoty związany był ze sprawowaniem nieprawidłowego zarządu Funduszem, zwłaszcza złym zarządzaniem nieruchomościami inwestycyjnymi wchodzącymi w skład portfela. Nieprawidłowości w zarządzaniu portfelem nieruchomości pojawiały się już od początku powstania Funduszu. O wartości portfela decydowały głównie 4 projekty inwestycyjne: (...), (...) oraz (...). Największy spadek wartości dotyczył spółek związanych z (...) oraz (...), gdzie wartość akcji spółek w okresie 2008-2014 spadła o (...) w przypadku (...) oraz o (...) w przypadku (...). Spadek wartości tych spółek przekładał się na spadek wartości portfela o ok. (...). Nieruchomości wchodzące w skład portfela nie były nieruchomościami o najwyższym standardzie, wymagały remontów, a najemcy zgłaszali usterki. Znaczna część nieruchomości pozostawała niewynajęta i nie przynosiła zysków. Na rok przed planowym rozwiązaniem Funduszu, tj. w 2012 roku niewynajęte pozostawało około (...)powierzchni nieruchomości (...), około (...) powierzchni nieruchomości (...), około (...) nieruchomości (...). Umowy najmu nieruchomości nie zabezpieczały Funduszu przed ich rozwiązaniem przez najemców, w szczególności zawierane były na stosunkowo krótkie okresy, nie zawierały kar umownych w przypadku ich wcześniejszego rozwiązania. W przypadku nieruchomości (...) już na samym początku wiadome było, że umowa najmu z głównym najemcą zostanie rozwiązana w terminie kilkuletnim z uwagi na budowę przez niego własnego miasteczka biurowego. Nieruchomości niewynajęte nie były atrakcyjne sprzedażowo. Mała liczba najemców zwiększała ryzyko gwałtownego spadku dochodów w dłuższym okresie w przypadku wypowiedzenia lub nieprzedłużenia umowy najmu. Nieprawidłowy zarząd Funduszem doprowadził do tego, że w dacie likwidacji portfela nieruchomości były praktycznie niesprzedawalne. O ile wydłużenie czasu działalności Funduszu nie było samo w sobie działaniem nieprawidłowym, to nie leżało ono w interesie jego uczestników, gdyż (...) nadal nie podejmowało odpowiednich działań w celu komercjalizacji nieruchomości i nie osiągnęło celu, dla którego czas trwania Funduszu został wydłużony, tj. zwiększenia atrakcyjności nieruchomości Funduszu w celu ich sprzedaży. Decyzja ta, z uwagi na zaniechania w przedmiocie przygotowania do sprzedaży aktywów przed dniem planowego rozwiązania Funduszu, była nieunikniona. Biegły wskazał w opinii, że działania te powinny zostać dokonane co najmniej na 2 lata przed planowaną likwidacją, podczas gdy decyzja o przedłużeniu podjęta została na 8 miesięcy przed tą datą. Powyższe wskazuje, że (...) sprawowało zarząd Funduszem w sposób nienależyty, co doprowadziło do znacznego obniżenia wartości certyfikatów inwestycyjnych i zwiększenia straty po stronie uczestników funduszu i uzasadnia odpowiedzialność odszkodowawczą po stronie Towarzystwa. Na odpowiedzialność odszkodowawczą pozwanego (...) nie wpływa fakt umorzenia postępowania karnego prowadzonego przeciwko osobom zarządzającym Funduszem oraz brak wszczęcia postępowania administracyjnego przez Komisję Nadzoru Finansowego.

W sprawie pomiędzy (...) a Bankiem (...) będącym depozytariuszem istniała odrębność instytucjonalna. Bank (...) uzyskał status depozytariusza dopiero od 23 stycznia 2009 roku, podczas gdy Fundusz powstał w roku 2005. W okresie pomiędzy utworzeniem Funduszu a objęciem funkcji depozytariusza Bank (...) udzielał kredytów Funduszowi. Udzielenie zgody przez Komisję Nadzoru Finansowego na objęcie funkcji depozytariusza nie wpływa jednak na jego odpowiedzialność z tytułu naruszenia art. 10 UFI.

Dlatego Sąd Rejonowy słusznie wskazał, iż pozwany Bank jako depozytariusz działał w warunkach konfliktu interesów. Poza funkcją depozytariusza Bank (...) wchodził w skład Komitetu Doradczego, był podmiotem dominującym

wobec (...) oraz pozostawał kredytodawcą względem Funduszu i jego spółek celowych. Posiadał także wykupione certyfikaty inwestycyjne w Funduszu, a więc był również jego uczestnikiem. Bank (...) jako kredytodawca miał interes w udzielaniu kredytów pod kątem przyszłego zysku, jako depozytariusz miał natomiast działać w interesie uczestników funduszu, który był zgoła odmienny, chociażby w kwestii terminu likwidacji Funduszu. Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że doszło do umorzenia zobowiązań Funduszu wobec Banku (...) przez spółkę (...) sp. z o.o. Spółka ta nabyła wierzytelność przysługującą Bankowi (...) w stosunku do Funduszu, za co Bank otrzymał stosowne wynagrodzenie. Bank, w odróżnieniu do pozostałych uczestników funduszu, nie poniósł szkody w całkowitej wysokości w stosunku do poniesionej przez Fundusz straty, ponieważ została ona co najmniej w części pokryta za uzyskaną cenę sprzedaży wierzytelności. Ponadto zaproszenie uczestników do składania ofert sprzedaży certyfikatów (...) uzależniało skuteczność ofert od zrzeczenia się jakichkolwiek roszczeń przez uczestników funduszu, jakie mogłyby im przysługiwać w stosunku do wszelkich podmiotów związanych z Funduszem oraz ich organów a złożenie oferty sprzedaży miało być bezwarunkowe i nieodwołalne. W tym stanie kontrola i nadzór nad zarządzaniem Funduszem zgodnie z prawem i Statutem, do których zobowiązany był pozwany były wadliwe i pozbawione przymiotu niezależności, co prowadziło do naruszenia zasady art. 10 UFI.

Jako depozytariusz Funduszu, będący jednocześnie podmiotem z tej samej grupy kapitałowej, Bank (...) obciążony jest domniemaniem prawnym z art. 73 ust. 3 UFI, że świadomie zaniechał wykonywania swoich obowiązków wynikających z ustawy oraz umowy o wykonywanie funkcji depozytariusza funduszu inwestycyjnego w przypadku poniesienia przez uczestników funduszu szkód związanych z nieprawidłowym nim zarządzaniem. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że powyższe domniemanie zostało obalone przez pozwanego. Bank nie wykazał, by podejmował jakiekolwiek realne czynności w celu zapewnienia ochrony interesów uczestników funduszu, w tym na rzecz powodów. Zgodnie z obowiązującym wówczas art. 72 ust. 5 UFI depozytariusz obowiązany był do występowania, w imieniu uczestników, z powództwem przeciwko towarzystwu z tytułu szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków w zakresie zarządzania funduszem i jego reprezentacji. Pozwany Bank nie tylko w czasie trwania Funduszu nie stwierdził, w ramach własnych kompetencji nadzorczych, nieprawidłowości w zarządzaniu Funduszem przez (...), ale również nie podejmował działań mających na celu ochronę interesów uczestników funduszu, nie występował przeciwko (...) z powództwem w imieniu uczestników. Słuszne zatem jest stwierdzenie, że działanie Banku stanowiło niedopełnienie obowiązków, do których był on zobowiązany na gruncie przepisów prawa i doszło do niego w sposób zawiniony.

Sprawowanie przez (...) nienależytego zarządu Funduszem oraz niedopełnienie przez Bank (...) obowiązków depozytariusza, jak również działanie tych podmiotów w warunkach konfliktu interesów stanowi naruszenie przepisów prawa, które słusznie uznane zostało przez Sąd I Instancji za podstawę przypisania tym podmiotom odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie art. 415 k.c. Niedopełnienie przez (...) obowiązków zarządczych, jak i niedopełnienie przez Bank (...) obowiązków depozytariusza poprzez działanie sprzeczne z przepisami prawa (art. 10 UFI w zw. z art. 72 ust. 1 pkt 5 UFI, art. 73 ust. 3 UFI) stanowi jednocześnie o nienależytym wykonaniu obowiązków kontraktowych.

Zgodzić się również należało, że z uwagi na charakter naruszeń w sprawie niniejszej ma miejsce nakładanie się odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej. Niewykonanie obowiązków kontraktowych stanowi w istocie także czyn niedozwolony. W przypadku zbiegu podstaw odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej rzeczą sądu orzekającego jest zdecydować, na podstawie której z podstaw powinna być rozstrzygnięta dana sprawa, przy uwzględnieniu prymatu tej, która jest dla poszkodowanego korzystniejsza lub z uwagi na charakter roszczenia tej z nich, która w danej sprawie może mieć zastosowanie (wyrok SA w Białymstoku z 27.03.2013, I ACa 35/13, LEX 1307395).

Zgodnie z art. 415 k.c. kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia. Obowiązek naprawienia szkody dotyczy wyłącznie normalnych następstw działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła (art. 361 § 1 k.c.). Strata w majątku powodów słusznie została oceniona jako oczywista i wyrażała się w nadzwyczajnym spadku wartości zakupionych certyfikatów. Poziom strat, jak i charakter inwestycji, podważają możliwość przyjęcia, że jest to jedynie strata inwestycyjna, a nie szkoda w rozumieniu art. 361 k.c. Przyjęcie tego nie wyłącza szczegółowe określenie w prospekcie emisyjnym ryzyk, które mogą wiązać się z inwestycją. Czym innym jest bowiem pojawienie

się straty wskutek czynników niezależnych od organów Funduszu, a czym innym powstanie straty wskutek ich nieprawidłowego działania. Do naruszeń obowiązków przez pozwanych doszło w sposób zawiniony. Jak wynika z opinii biegłego, biorąc pod uwagę koniunkturę rynku nieruchomości oraz politykę finansowania Funduszu długiem strata mogłaby oscylować co najwyżej na poziomie (...) W związku z nieprawidłowym zarządzaniem Funduszem strata ta wyniosła ponad (...). Nie sposób zatem uznać, że stanowiła ona ryzyko inwestycyjne naturalnie związane z działalnością inwestycyjną na rynku nieruchomości. Pomiędzy stratą a działaniem i zaniechaniem pozwanych (nieprawidłowym zarządzeniem, działaniem w konflikcie interesów, nieprawidłowym wykonywaniem funkcji depozytariusza) istniał zatem normalny związek przyczynowy.

Powyższe uzasadniało zatem przypisanie odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanemu (...) oraz Bankowi (...), co prawidłowo umotywował Sąd I Instancji.

W świetle powyższego, ustosunkowując się do zarzutów podniesionych w apelacjach pozwanych jako chybiony ocenić należy zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Może być on uznany za zasadny jedynie wtedy, gdy podstawą rozstrzygnięcia uczyniono rozumowanie sprzeczne z zasadami logiki bądź wskazaniem doświadczenia życiowego. W sytuacji, gdy na podstawie zgromadzonych dowodów możliwe jest wyprowadzenie konkurencyjnych wniosków co do przebiegu badanych zdarzeń, dla podważenia stanowiska orzekającego sądu nie wystarcza twierdzenie skarżącego o wadliwości poczynionych ustaleń odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest wskazanie jakich to konkretnie uchybień w ocenie dowodów dopuścił się sąd orzekający naruszając w ten sposób opisane wyżej kryteria, wiążące w ramach swobodnej oceny dowodów. Fakt, że określony dowód został oceniony niezgodnie z intencją skarżącego, nie oznacza naruszenia art. 233 § 1 KPC. Ocena dowodów należy bowiem do sądu orzekającego i nawet w sytuacji, w której z dowodu można było wywieść wnioski inne niż przyjęte przez sąd, nie dochodzi do naruszenia art. 233 § 1 KPC.

Odnosząc powyższe do stanowiska skarżących uznać należy, że pozwani nie sprostali wymogom formułowania analizowanego zarzutu, a ich stanowisko jest wyrazem polemiki z oceną Sądu Rejonowego wskazaną jako podstawa zaskarżonego wyroku.

Ustosunkowując się do dalszych zarzutów naruszenia przepisów postępowania podniesionych w apelacji pozwanego Banku również należy ocenić je jako chybione.

W szczególności nie sposób się zgodzić, iż Sąd I Instancji w sposób nieuprawniony przyjął, że skarżący naruszył obowiązki depozytariusza. Za Sądem Rejonowym należy wskazać, iż w toku niniejszego procesu pozwany Bank nie wykazał, by podejmował jakiegokolwiek działania w kierunku zapewnienia odpowiedniego przeznaczenia dochodów Funduszu zgodnie z przepisami prawa i postanowieniami statutu. Natomiast pozostaje poza sporem wynik finansowy Funduszu tj. oczywista strata, o której świadczą kwoty wypłacone uczestnikom w tym powodzie przy likwidacji Funduszu.

Sąd Rejonowy również prawidłowo wskazał, że pozwany Bank nie podjął jakiegokolwiek czynności (nie zostały one wykazane), które mogłyby zmierzać do zakończenia funkcjonowania Funduszu w pierwotnie przewidzianym terminie. Decyzja o przedłużeniu czasu trwania Funduszu zapadła w kwietniu 2013r. tj. na kilka miesięcy przed planowanym terminem zakończenia działalności tj. grudzień 2013r. Jest bezsporne, że w grudniu 2013r. cena certyfikatu kształtowała się na poziomie 106,92 zł, a po decyzji o przedłużeniu w grudniu 2015r. już jedynie na poziomie 60,92 zł. I nie ma znaczenia czy ustawa nakładała na depozytariusza obowiązek kontrolowania czasu trwania Funduszu, skoro bez wątpliwości był on zobowiązany do dochowania najwyższej staranności przy pełnieniu swoich obowiązków wobec Funduszu w tym kontroli decyzji zarządzającego w kontekście zabezpieczenia interesów uczestników Funduszu. Wskazana oczywista strata budzi wątpliwości co do dochowania standardów najwyższej staranności.

Nie przekonują co do ich zasadności również zarzuty nieuprawnionego przyjęcia przez Sąd I Instancji, że obaj pozwani pozostawali w konflikcie interesów. Wystarczającym dla aprobaty tego wniosku Sądu Rejonowego jest, iż pozwany Bank występował zarówno jako podmiot nadzorujący Fundusz, jako uczestnik Funduszu oraz w szczególności jako

wierzyciel kredytowy wobec Funduszu. Z punktu widzenia podejmowania decyzji o przedłużeniu czasu trwania Funduszu jest oczywistym, że interes uczestnika oraz wierzyciela kredytowego był inny co jest wystarczające dla przyjęcia działania w konflikcie interesów.

Sąd Okręgowy nie podziela również zasadności twierdzeń, iż powodom w momencie składania zapisu na certyfikaty inwestycyjne Funduszu nie przysługiwał status konsumentów. Odwoływanie się do treści obszernych zeznań powoda nie wpływa na prawidłowość oceny Sądu I Instancji. Poza sporem pozostaje bowiem, iż nabycie certyfikatów nastąpiło bez jakiegokolwiek związku z prowadzoną przez powodów działalnością gospodarczą, co jest wystarczające dla uznania ich za konsumentów.

Podobnie fakt zapoznania się przez powodów z treścią Prospektu oraz Statutem sam przez się nie może zostać uznany za wypełnienie w sposób należyty obowiązku informacyjnego wobec powodów. W tym zakresie Sąd Rejonowy prawidłowo wskazał na niejasny język Prospektu oraz mylącą nazwę inwestycji, które w istocie w sposób jasny nie precyzowały informacji o istnieniu możliwości transferowania środków do innych podmiotów. Informacja w chwili nabycia certyfikatów na temat funkcjonowania Funduszu, w tym w szczególności o możliwości przedłużenia jego funkcjonowania nie może zostać oceniona jako rzetelna.

Nie sposób również zgodzić się z zarzutami apelacji pozwanego Banku, iż Sąd I Instancji wbrew wnioskowi opinii przyjął, iż nie było przesłanek do przedłużenia działalności Funduszu. Treść złożonej do akt opinii biegłego nie pozostawia najmniejszych wątpliwości co do tego, iż złe zarządzanie Funduszem było jedną z przyczyn (jednym z czynników) wpływających na spadek wartości aktywów Funduszu. I w tym kontekście badanie czy przedłużenie funkcjonowania Funduszu było czy też nie zasadne nie ma istotnego znaczenia samo w sobie. Istotne jest, iż po upływie pierwotnego terminu działania Funduszu był on źle zarządzany, a spadek wartości aktywów (i strata uczestników) były konsekwencją m. in. złego zarządzania, co ostatecznie znalazło swoje odzwierciedlenie w wartości jednostek w chwili likwidacji Funduszu.

Co istotne w sprawie, na przedłużenie czasu trwania Funduszu wpływ miały okoliczności wskazane przez biegłego jako konsekwencje złego zarządzania Funduszem tj. niewielka atrakcyjność nieruchomości wchodzących w skład portfela Funduszu oraz brak umiejętnego przewidzenia pogorszenia się sytuacji na rynku nieruchomości w stosunku do okresu w jakim zakończenie czasu trwania Funduszu powinno nastąpić. Próżno zatem poszukiwać w przyczynach przedłużenia czasu trwania Funduszu czynników mających na względzie interes uczestników Funduszu.

Jako niezasadny Sąd Okręgowy ocenia zarzut apelacji pozwanego Banku nieuprawnionego przyjęcia, że powodowie nie przyczynili się do powstania szkody.

Sąd Okręgowy podziela pogląd i ocenę, że zaproszenie (...) sp. z o.o. naruszało interes konsumentów oraz nie odpowiadało uczciwym zasadom kontraktowania z uwagi na uprzywilejowanie silniejszej strony ewentualnej „ugody”, jak i z uwagi na przewidziane automatyczne zrzeczenie się roszczeń uczestników co do dochodzenia pozostałej części utraconych środków.

Nie przekonuje Sądu Okręgowego również argumentacja, iż przyczynienia się powodów do poniesionej szkody należy upatrywać w fakcie zaniedbania przez nich pozyskania szerszych informacji o ryzykach u podmiotów specjalizujących się w funkcjonowaniu rynków inwestycyjnych czy finansowych. Jak wskazano już na wstępie rozważań, działalność obu pozwanych jest uregulowana ustawowo. Zakres ich uprawnień, obowiązków, jak również podstawy odpowiedzialności wobec uczestników funduszu także ma swoje ramy prawne. Próżno zatem poszukiwać podmiotów bardziej profesjonalnych, które miałyby zweryfikować, bądź też weryfikować na bieżąco działalność funduszu inwestycyjnego lub depozytariusza. I nie sposób przypisać powodom jakiegokolwiek zaniedbanie w tym zakresie.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut nieuprawnionego przyjęcia, że likwidacja Funduszu zgodnie z pierwotnym terminem zapobiegłaby stracie uczestników. O prawidłowości wniosku Sądu I Instancji świadczy treść zebranych w sprawie dowodów. Porównanie wartości aktywów z daty grudzień 2013 i grudzień 2015 nie nastęrcza

trudności. W kontekście stanowczych wniosków opinii biegłego o złym zarządzaniu Funduszem oraz o przekroczeniu w trakcie działalności Funduszu dopuszczalnych statutem poziomów zadłużenia, logicznym jest wniosek, iż likwidacja Funduszu w pierwotnie przewidzianym terminie pozwoliłaby uniknąć straty uczestników na tak istotnym poziomie.

Sąd Okręgowy jako nietrafne ocenia również zarzuty naruszenia prawa materialnego wskazane w apelacji pozwanego Banku w tym art. 10 u.f.i., art. 72 ust. 1 pkt. 5, art. 74 ust. 4, art. 72 ust. 5 w zw. z art. 75 ust. 1 oraz art. 73 ust. 3 u. f. i. oraz art. 72 ust. 1 pkt. 1 – 6, art. 72 ust. 4 oraz art. 72 ust. 5 w zw. z art. 75 ust. 1 oraz art. 73 ust. 3 u. f. i.

Jak już wskazano wyżej ocena Sądu I Instancji o działaniu w ramach konfliktu interesów nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego. Pozwany Bank pełnił rolę depozytariusza, uczestnika i kredytodawcy, a także był bezpośrednio właścicielem (...). Co nie bez znaczenia dla tej oceny (...) oraz Bank (...) posiadali łącznie większość głosów na komitetach doradczych Funduszu. Ilość posiadanych przez powodów certyfikatów nie dawała im żadnych realnych możliwości wpływu na funkcjonowanie Funduszu w przeciwieństwie do strony pozwanej.

W pełni należy zgodzić się z Sądem Rejonowym, iż zgoda KNF na pełnienie przez Bank funkcji depozytariusza nie wyłącza możliwości zidentyfikowania konfliktu interesu. W konkretnych okolicznościach zgoda taka nie zwalnia bowiem z odpowiedzialności za naruszenie art. 10 u. f. i.

I zgodzić się należy ze stanowiskiem, iż każda z ról pełniona przez pozwanego w związku z funkcjonowaniem Funduszu mogła budzić uzasadnione wątpliwości co do wewnętrznej zgodności interesów i celów, jakie tym rolom przyświecały.

Wbrew zarzutom apelacji Sąd I Instancji poddał ocenie i analizie okoliczność umorzenia wierzytelności Banku wobec Funduszu z tytułu umów kredytowych, jak również fakt nie odzyskania całości tych środków.

Nie przekonuje argumentacja skarżącego, iż Sąd I Instancji błędnie utożsamił zarządzanie Funduszem z zarządzaniem nieruchomościami. Poza sporem pozostaje, że w momencie nabycia certyfikatów wiązały się one z funduszem nieruchomościowym, co wskazywało, iż zarządzanie nieruchomościami jest priorytetem w zarządzaniu Funduszem. Stąd zasadna jest ocena prawidłowości czynności zarządzania w kontekście działań podejmowanych w związku z nieruchomościami decydującymi o stanie aktywów Funduszu.

W ocenie Sądu Okręgowego Sąd I Instancji prawidłowo oparł się o domniemanie wynikające z treści art. 73 ust. 3 u. f. i. Zebrane w toku sprawy dowody nie pozwalają na ocenę, iż domniemanie to zostało przez pozwanego obalone.

Reasumując ze wszech miar prawidłowa jest ocena Sądu Rejonowego, iż powodowie jako konsumenci mieli prawo oczekiwać, że powierzone profesjonalnemu podmiotowi środki będą zarządzane z najwyższą starannością. Wykazanie w toku niniejszego procesu braku tej najwyższej staranności uzasadnia odpowiedzialność obojga pozwanych.

Sąd Okręgowy pominął wnioski dowodowe zawarte w apelacji pozwanego Banku dzielając w pełni stanowisko Sądu I Instancji co do celowości tych dowodów.

Ustosunkowując się do zarzutów apelacji pozwanego (...) SA z siedzibą w W. ocenić je należy również jako chybione. Argumentacja przytoczona już powyżej w części ustosunkowuje się i do zarzutów apelacji drugiego z pozwanych.

Sąd Okręgowy nie znajduje powodów dla uwzględnienia dołączonej do apelacji opinii prywatnej. Jest to wniosek spóźniony. Nadto prywatna opinia sporządzona na zlecenie strony może zostać oceniona wyłącznie jako dokument o charakterze prywatnym bądź też jako pogląd strony wyrażony na piśmie w kwestiach istotnych dla rozstrzygnięcia. Sporządzona na zlecenie Sądu w niniejszej sprawie opinia biegłego P. C. stanowi pełnowartościowy materiał dowodowy. Jest rzetelna i odpowiada na wszystkie pytania istotne z uwagi na przedmiot niniejszego sporu.

Jak już wskazano na wstępie rozważań zarzut naruszenia art. 233 par. 1 kpc ocenić należy jako chybiony. Jest on chybiony również w kontekście przytoczonych w apelacji art. 227 kpc i art. 278 kpc.

W ocenie Sądu Okręgowego Sąd I Instancji dokonał bardzo wnikliwej oceny sporządzonej przez biegłego opinii, która to opinia nie pozostawia wątpliwości co do stanowczości jej wniosków o czynnikach, które wpłynęły na spadek wartości aktywów Funduszy. Analiza zarzutów apelacji prowadzi do wniosku, że to skarżący ocenia i analizuje opinię biegłego w sposób wybiórczy pomijając, iż w sposób konkretny wskazuje ona na czynniki wprost zależne od pozwanego jako zarządzającego Funduszem, które wywołały stratę.

Biegły wskazał m. in. na istotnie wysoki i przekraczający poziom dopuszczonego w Prospekcie poziom zadłużenia Funduszu. Na drastycznie wysoki poziom zadłużenia wskazywali też słuchani w innych postępowaniach świadkowie – pracownicy Funduszu. Dezawuowanie znaczenia czynników wskazanych przez biegłego jako tych wynikających ze złego zarządzania Funduszem jest niezrozumiałe. Opinia biegłego jest na tyle precyzyjna, szczegółowa i konkretna, iż nie sposób jej wniosków oceniać w sposób odmienny niż przyjął to Sąd I Instancji.

Z tych względów niezasadny jest również zarzut błędnego pominięcia, czy też oddalenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej. Sąd Rejonowy słusznie wskazał, iż dowód taki zmierzałby wyłącznie do niczym nieuzasadnionego przedłużenia postępowania.

Chybione są również zarzuty naruszenia art. 232 kpc w zw. z art. 233 par. 1 kpc w zw. z art. 278 par. 1 kpc i art. 278¹ kpc.

Sąd Okręgowy podtrzymuje stanowisko wyrażone już we wcześniejszej części uzasadnienia co do prawidłowej oceny zasadności przedłużenia działania Funduszu, co do zaproszenia (...). Odnosząc się do oceny kosztów działania spółek celowych oraz poziomu kosztów zarządzania Funduszem to w tym zakresie miarodajna w pełni jest opinia biegłego sądowego wskazująca na poziom zadłużenia Funduszu oraz jego wpływ na wynik finansowy oraz wartość aktywów w chwili likwidacji Funduszu.

W sprawie nie przedstawiono żadnych dowodów z dokumentów, które podważałyby rzetelność sporządzonej opinii. Prezentowana przez skarżącego odmienna ocena wniosków przedstawionych w opinii nie przekonuje Sądu Okręgowego. W tym w szczególności w kontekście zeznań przesłuchanych w innych sprawach świadków. Podkreślenia wymaga, iż nie sposób ustaleń o prawidłowości zarządzania Funduszem dokonywać wyłącznie w oparciu o zeznania osób zatrudnionych przez ten podmiot. Zeznania takie w oderwaniu od analizy przedstawiającej rzeczywisty przepływ i obrót funduszami, rzeczywiste dochody i straty na przestrzeni lat funkcjonowania Funduszu, pozostają w istocie tylko opinią osób prywatnych i nie mogą mieć decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu.

Nie zasługują na aprobatę również zarzuty naruszenia prawa materialnego tj. art. 361 kc, art. 471 kc w zw. z art. 64 u. f. i.

Powodowie w procesie sprostali ciężarowi wykazania, iż poniesiona przez nich szkoda pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z zaniechaniami i zaniedbaniami skarżącego TFI. Z treści opinii biegłego w sposób stanowczy wynika, iż główną przyczyną spadku wartości aktywów było złe zarządzanie Funduszem w tym posiadanymi nieruchomościami. Przy czym biegły, podobnie jak Sąd Rejonowy, dostrzegł kryzys z 2008r. oraz spadek wartości nieruchomości. Nie te jednak czynniki miały znaczenie jako głównie determinujące spadek wartości aktywów Funduszu. Co istotne w sprawie, pozwany nie zdołał udowodnić, że były to czynniki spowodowane okolicznościami, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Pozwany w żaden racjonalny sposób nie wytłumaczył długiego czasu utrzymywania pustostanów w nieruchomościach komercyjnych, nie wskazał na żadne działania zmierzające do poszukiwań najemcy po opuszczeniu budynku przez O..

Co istotne biegły w opinii wskazał, że spadek wartości nieruchomości w latach 2008 – 2009 nie spowodował spadku wartości certyfikatów poniżej ceny emisyjnej, jak również, że przy założeniu prawidłowego zarządzania, spadek wartości nieruchomości wchodzących w skład portfela nie mógł przekroczyć 20-30% w stosunku do cen z 2007r. Dalej czytamy w opinii, iż biorąc pod uwagę, że przy prawidłowym zarządzaniu nieruchomości generowałyby w tym okresie

dotąd przepływy pieniędzy podlegające kapitalizacji, poziom skapitalizowania dochodów zrekompensowałyby spadek wartości nieruchomości.

Nie sposób zgodzić się ze skarżącym, iż w sprawie przypisano mu odpowiedzialność za spadek wartości certyfikatów inwestycyjnych, której to odpowiedzialności nie przewidują przepisy prawa. W sprawie powodowie wykazali, że pozwany w sposób nienależyty wykonywał swoje obowiązki w zakresie zarządzania Funduszem i to jest podstawą odpowiedzialności TFI w oparciu o treść art. 64 ust. 1 u. f. i. Spadek wartości certyfikatów jest jedynie następstwem złego zarządzania.

Chybiony jest również zarzut naruszenia art. 22¹ kc. Już wskazano wyżej, iż w pełni należy zgodzić się z Sądem I Instancji, iż powodowie nabywając certyfikaty działali jako konsumenci wobec braku związku tego nabycia z prowadzoną działalnością gospodarczą.

Brak jest także podstaw do przypisania Sądowi I Instancji uchybienia treści art. 355 kc, art. 415 kc, art. 6 kc oraz pozostałych przepisów prawa materialnego.

Pozwany jako profesjonalista zobowiązany był w ramach oferowanych usług do szczególnej staranności w zarządzaniu powierzonymi mu przez konsumentów funduszami. Treść opinii biegłego nie pozostawia wątpliwości co do zaniedbań w zarządzaniu Funduszem, które skutkowały spadkiem wartości jego aktywów i ostatecznie powstaniem szkody w majątku powodów.

Słusznie Sąd I Instancji mając na względzie całokształt zebranych dowodów, w tym w szczególności opinię biegłego, uznał istnienie dwóch podstaw odpowiedzialności – tj. i kontraktowej i deliktowej, pomiędzy którymi w okolicznościach sprawy niniejszej nie ma konkurencji, ale ich zbieg. Co ostatecznie uzasadnia także solidarną odpowiedzialność obojga pozwanych.

Chybiony jest zarzut apelacji podnoszący niezasadne nieuwzględnienie przedawnienia roszczeń. Zgodzić się należy z Sądem I Instancji, iż o wymagalności roszczeń, a zatem i o rozpoczęciu biegu terminu przedawnienia może być mowa dopiero od chwili powzięcia wiedzy o szkodzie i jej wysokości co mogło mieć miejsce najwcześniej w chwili wypłaty środków tj. w sierpniu 2018r. Skoro pozew złożono 13 listopada 2018r. to przedawnienie nie nastąpiło.

Mając powyższe na uwadze oraz nie znajdując podstaw do uwzględnienia żadnej z apelacji na mocy art. 385 kpc orzeczono o oddaleniu każdej z nich. O kosztach w instancji odwoławczej rozstrzygnięto na podstawie art. 98 kpc.