



Sygn. akt I CSK 392/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 czerwca 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Tadeusz Wiśniewski (przewodniczący)

SSN Agnieszka Piotrowska

SSN Kazimierz Zawada (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa N. Spółki z o.o. z siedzibą w C.
przeciwko Skarbowi Państwa - Ministrowi Finansów
o zapłatę,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 19 czerwca 2013 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej
od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 9 listopada 2011 r.,

oddala skargę kasacyjną i zasądza od strony powodowej na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 2700 (dwa tysiące siedemset) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

Uzasadnienie

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością N. z siedzibą w B. w pozwie z dnia 10 lipca 2009 r. wniosła o zasądzenie od Skarbu Państwa – Ministra Finansów kwoty 110 000 zł, z odsetkami ustawowymi od dnia 31 października 2008 r., tytułem naprawienia części wyrządzonej jej szkody wskutek nieimplementowania do prawa polskiego w wymaganym terminie postanowień dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych, zmieniającej dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz. Urz. UE 2004 L 145, s. 1 ze zm. - dalej: MiFID I), oraz postanowień dyrektywy Komisji 2006/73/WE z dnia 10 sierpnia 2006 r., wprowadzającej środki wykonawcze do dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwa inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tejże dyrektywy (Dz. Urz. UE 2006 L 241, s. 26. - dalej: MiFID II).

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 26 października 2010 r. oddalił powództwo, a Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 9 listopada 2011 r. - apelację strony powodowej.

Z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, że w dniu 8 marca 2007 r. strona powodowa zawarła z bankiem (B. Bank SA z siedzibą w W.) umowę ramową dotyczącą zawierania, potwierdzania i rozliczania transakcji rynku finansowego. W umowie tej znalazła się m.in. klauzula zwalniająca bank od odpowiedzialności za szkodę, jaką jego kontrahent mógłby ponieść na skutek zawieranych na zasadach tej umowy transakcji, w szczególności wynikającą z niezrozumienia charakteru lub struktury poszczególnych transakcji. Dnia 8 sierpnia 2008 r. strona powodowa zawarła z bankiem na zasadach określonych w tej umowie transakcję CIRS (nr 117/07), opartą na różnicach kursu jena do złotego. Na polecenie strony powodowej transakcja ta została zamknięta i rozliczona przedterminowo w dniu 20 października 2008 r. W wyniku tej transakcji strona powodowa poniosła stratę w wysokości 1 720 000 zł.

Państwa członkowskie miały obowiązek przyjąć oraz opublikować przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne, niezbędne do wykonania postanowień MiFID I i MiFID II, do 31 stycznia 2007 r., a stosować je od 1 listopada 2007 r. (art. 70 MiFID I i art. 53 MiFID II). Pełnej transpozycji tych dyrektyw Polska dokonała jednak dopiero w wyniku uchwalenia ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009.165.1316 - dalej: „ustawa zmieniająca”), która weszła w życie w dniu 21 października 2009 r., oraz wydania na podstawie tej ustawy w dniu 20 listopada 2009 r. przez Ministra Finansów rozporządzenia w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych (Dz.U.204.1577 - dalej: „rozporządzenie Ministra Finansów z 2009 r.”), obowiązującego od dnia 17 grudnia 2009 r. Naruszenie przez Polskę obowiązku implementacji MiFID II stwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 19 marca 2009 r., C-143/08 (*Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*). Sprawa C-142/08 ze skargi Komisji przeciwko Polsce dotycząca nieimplementowania postanowień MiFID I została postanowieniem Prezesa Szóstej Izby Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 grudnia 2008 r. wykreślona z rejestru Trybunału ze względu na cofnięcie skargi wobec podjęcia przez Polskę po jej wniesieniu działań mających na celu transpozycję tej dyrektywy.

Sąd Apelacyjny, wyjaśnił, że prawo Unii Europejskiej daje podstawę do dochodzenia przez jednostkę od państwa członkowskiego odszkodowania z powodu nieterminowego implementowania dyrektywy. Przesłankami są: poważne, wynikające z nieterminowej implementacji, naruszenie normy dyrektywy, przyznającej w sposób oczywisty i bezwarunkowy jednostkom, do których kręgu należy powód, określonych praw oraz bezpośredni związek przyczynowy pomiędzy szkodą doznaną przez powoda a zaniechaniem wprowadzenia regulacji prawnej wymaganej przez dyrektywę. W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, przesłanki te mają charakter wymagań wystarczających. Jeżeli zatem prawo krajowe regulujące odpowiedzialność odszkodowawczą państwa za bezczynność legislacyjną jest mniej wymagające,

podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej za nieterminowe wdrożenie dyrektywy powinny stanowić przepisy tego prawa. W niniejszej sprawie powinny to być przepisy Kodeksu cywilnego - art. 417 § 1 w związku z art. 417¹ § 4 i art. 361 - jako nie wykraczające poza wymagania prawa unijnego.

W sprawie w ocenie Sądu Apelacyjnego niektóre przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej zostały spełnione. Niewątpliwie nie doszło w Polsce do terminowego wdrożenia MiFiD I i MiFiD II, wskutek czego w czasie, w którym strona powodowa zawarła z bankiem objętą sporem transakcję zamiany stóp procentowych na podstawie jena jako waluty bazowej (CIRS nr 117/07), nie obowiązywały w Polsce przepisy zawierające regulacje w pełni dostosowane do tych dyrektyw. Sąd Apelacyjny, inaczej niż Sąd Okręgowy, uznał także, że dyrektywy te nałożyły na państwa członkowskie powinność wprowadzenia do prawa wewnętrznego rozwiązań nakładających na firmy inwestycyjne wiele konkretnych obowiązków wobec klientów, skorelowanych z ich określonymi uprawnieniami względem tych firm. Jako przykład wskazał wynikający z tych dyrektyw obowiązek przyznania inwestorom uprawnienia do uzyskania statusu odpowiedniego rodzaju klienta (detalicznego lub branżowego), uprawnienia do uzyskania od firmy inwestycyjnej odpowiednio szczegółowych informacji, uprawnienia do uzyskania od firmy inwestycyjnej oceny, czy dana usługa jest odpowiednia dla danego klienta.

Nie ziściła się jednak według Sądu Apelacyjnego wynikająca z art. 361 § 1 k.c. przesłanka związku przyczynowego. W myśl art. 361 § 1 k.c., zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa zaniechania, którego się dopuścił, a w zbieżnej w tym zakresie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego ocenie Sądu Apelacyjnego trudno mówić o istnieniu jakiegokolwiek związku przyczynowego pomiędzy zaniechaniem państwa polskiego implementacji postanowień MiFiD I i MiFiD II a szkodą poniesioną przez stronę powodową. Choć dyrektywy te przyznawały inwestorom wiele uprawnień połączonych z określonymi obowiązkami firm inwestycyjnych, to jednak nie nakazywały wprowadzenia zakazów zawierania transakcji finansowych, w tym transakcji typu CIRS, ani nie miały żadnego wpływu na zasady i sposób rozliczenia zawartych transakcji finansowych. Zajęcie odmiennego stanowiska prowadziło do

niczym nieograniczonej, a więc nie mieszczącej się w ramach związku przyczynowego w rozumieniu art. 361 § 1 k.c., odpowiedzialności Skarbu Państwa za wszystkie transakcje zakończone stratami inwestorów w okresie między nakazany termin implementacji dyrektyw a rzeczywistą datą ich wdrożenia do prawa polskiego. Z § 4 ust. 1 umowy ramowej strony powodowej z bankiem wynika, że strona powodowa została poinformowana przez bank o ryzykach ekonomicznych łączących się z transakcjami zawieranymi w ramach tej umowy. Nie przedstawiła ona przy tym żadnych przekonujących dowodów na to, że jeżeliby MiFD I i MiFD II zostały implementowane w terminie, to nie zawarłaby transakcji CIRPS 117/07.

Wobec nieziszczenia się przesłanki związku przyczynowego, nie można było, w ocenie Sądu Apelacyjnego, uwzględnić powództwa, a tym samym i apelacji strony powodowej.

W skardze kasacyjnej strona powodowa jako podstawy kasacyjne przytoczyła: naruszenie art. 417 § 1 w związku z przepisami art. 361 i 417¹ § 1 i 4 k.c. oraz przepisem art. 77 ust. 1 Konstytucji, przepisem art. 10 TWE zmienionym przez art. 4 ust. 3 TUE i przepisem art. 288 TFUE; naruszenie art. 361 i 362 k.c. w związku z przepisem art. 10 TWE zmienionym przez art. 4 ust. 3 TUE i przepisem art. 249 TWE zmienionym przez art. 288 TFUE oraz postanowieniami MiFID I i MiFID II; naruszenie art. 226-228 TWE zmienionych przez art. 258-260 TFUE; naruszenie art. 19 i 21 ust. 10 w związku z pkt 31 preambuły MiFID I; naruszenie art. 70 MiFID I art. 53 MiFID II; naruszenie pkt 2 preambuły, art. 19, 27, 28, 30,31, 33, 35, 36 i 37 w związku z pkt 46 preambuły MiFID II; naruszenie art. 10 TWE zmienionego przez art. 4 ust. 3 TUE.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 77 ust. 1 Konstytucji, każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej. Dostosowując do tej normy konstytucyjnej (co do jej bliższej treści zob. przede wszystkim wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r., SK 18/00), przepisy prawa cywilnego o deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, w znowelizowanym ze skutkiem od 1 września 2004 r. art. 417

§ 1 k.c. przewidziano, że za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa. Jednocześnie dodano art. 417¹ k.c. Przepisy art. 417¹ § 1-3 k.c., dotyczące odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wydaniem aktu normatywnego (§ 1), prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji (§ 2) albo niewydaniem orzeczenia lub decyzji, gdy obowiązek ich wydania przewiduje przepis prawa (§ 3), wymagają stwierdzenia niezgodności z prawem odpowiednio wydania aktu normatywnego, prawomocnego orzeczenia lub decyzji albo niewydania orzeczenia lub decyzji, gdy obowiązek ich wydania przewiduje przepis prawa, w odrębnym, właściwym postępowaniu. Jeżeli natomiast szkoda została wyrządzona przez niewydanie aktu normatywnego, którego obowiązek wydania przewiduje przepis prawa, to - według kolejnego przepisu art. 417¹ (§ 4) k.c. - niezgodność z prawem niewydania tego aktu stwierdza sąd rozpoznający sprawę o naprawienie szkody.

W świetle art. 417 § 1 w związku z art. 417¹ § 4 oraz art. 361-363 k.c., przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej za zaniechanie legislacyjne są: wyrażająca się niewydaniem aktu normatywnego, którego obowiązek wydania przewidywał przepis prawa, bezprawność zachowania organu władzy publicznej, przynależność osoby żądającej odszkodowania do grona osób mających podlegać niedokonanej korzystnej dla nich regulacji prawnej, doznanie przez osobę żądającą odszkodowania uszczerbku oraz normalny związek przyczynowy między tym uszczerbkiem a rozpatrywanym zaniechaniem legislacyjnym.

W piśmiennictwie oraz orzecznictwie mocno podkreśla się, że podlegający stwierdzeniu przez sąd w sprawie o naprawienie szkody obowiązek, o którym mowa w art. 417¹ § 4 k.c., musi wynikać z określonych przepisów prawa i być skonkretyzowany co do terminu i treści - tak aby, dało się ustalić, do kiedy objęty nim akt normatywny powinien być wydany i jaką konieczną treść powinien on mieć. Niedopuszczalne byłoby wywodzenie tego obowiązku z ogólnych założeń ustrojowych lub programowych w danej dziedzinie życia społecznego, ponieważ prowadziłoby to w istocie do wkraczania sądów w kompetencje organów powołanych do tworzenia prawa (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia

2006 r., III CSK 138/05, i 6 września 2012 r., I CSK 77/12). Podobne racje przemawiają za przyznaniem uprawnienia do żądania odszkodowania za zaniechanie legislacyjne tylko tym osobom, których sytuacja prawna miała być w sposób korzystnych dla nich ukształtowana przez przepisy niewydanego aktu normatywnego. W przeciwnym razie ochrona odszkodowawcza w razie ziszczenia się pozostałych jej przesłanek rozciągałaby się na interesy nieobjęte planowaną ochroną zamierzonego, lecz niewydanego aktu normatywnego.

Wynikający z art. 361 § 1 k.c. wymóg związku przyczynowego pomiędzy zaniechaniem legislacyjnym a uszczerbkiem majątkowym doznany przez osobę żądającą odszkodowania jest ujmowany analogicznie jak w innych przypadkach szkody wyrządzonej zaniechaniem. Zwraca się tylko uwagę na to, że stwierdzenie, iż doznany przez pozwanego uszczerbek majątkowy nie nastąpiłby bez rozpatrywanego zaniechania legislacyjnego (zachodzi relacja *conditio sine qua non*), przesądza zarazem w praktyce z reguły o uznaniu tego uszczerbku za normalny w rozumieniu art. 361 § 1 k.p.c. skutek rozpatrywanego zaniechania. Zakładając bowiem racjonalność prawodawcy ustanawiającego przepis zobowiązujący do wydania oznaczonego aktu normatywnego, można uznać, iż niewydanie oznaczonego w takim przepisie aktu normatywnego zwiększa z reguły prawdopodobieństwo doznania uszczerbku przez osoby, których sytuacja prawna miała być w nim z korzyścią dla nich uregulowana (co do normalności powiązań przyczynowych w świetle art. 361 § 1 k.c. zob. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2003 r., III CZP 6/03 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r., III CZP 7/10).

Jak wiadomo, Sąd Apelacyjny przyjął, że omówione, wynikające z polskiego prawa przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej za zaniechanie legislacyjne nie są mniej korzystne dla poszkodowanego od wywodzonych z prawa unijnego przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego wobec jednostek z powodu naruszenia tego prawa.

Według utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości (zob. wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia: 19 listopada 1991 r., C-6/90 /Andrea Francovich przeciwko Republice Włoskiej/ i C-9/90 /Danila Bonifaci i in. przeciwko Republice

Włoskiej/; 23 lutego 1994 r., C- 236/92 /Comitato di coordinamento per la difesa della Cava i in. przeciwko Regionowi Lombardii/; 5 marca 1996 r., C-46/93 /Brasserie du pêcheur SA przeciwko Republice Federalnej Niemiec/ i C-48/93 /Factorama Ltd i in./; 26 marca 1996 r., C-392/93 /British Telecommunications/; 8 października 1996 r., C-178/94 /Erich Dilenhofer i in. przeciwko Republice Federalnej Niemiec/; 18 grudnia 1997 r., C-129/96 /Inter-Environnement Wallonie ASBL przeciwko Regionowi Walonii; 30 września 2003 r., C-224/01 /Gerhard Köbler przeciwko Republice Austrii/), nieodłączną, choć niewypowiedzianą wyraźnie, częścią systemu traktatowego Unii Europejskiej jest zasada odpowiedzialności państwa członkowskiego za wyrządzone jednostkom szkody wskutek naruszenia prawa unijnego. Nieistnienie możliwości uzyskania od państwa członkowskiego przez jednostki odszkodowania za uszczerbek doznany w sferze swych uprawnień przez naruszenie prawa unijnego prowadziłoby do podważenia pełnej skuteczności tego prawa oraz osłabienia ochrony uprawnień, których ono jest źródłem. Oparciem dla wymienionej zasady jest także norma traktatowa zobowiązująca państwa członkowskie do podjęcia wszelkich właściwych środków o charakterze ogólnym lub jednostkowym w celu zapewnienia wykonania zobowiązań, jakie ciążą na nich z mocy prawa unijnego (art. 4 ust. 3 TUE, a uprzednio art. 10 TWE, jeszcze zaś wcześniej art. 5 TEWG). Zgodnie z tą zasadą, obowiązek naprawienia przez państwo członkowskie szkody wyrządzonej jednostkom wskutek naruszenia prawa unijnego powstaje, jeżeli naruszony przepis zmierza do przyznania jednostkom uprawnień, naruszenie jest wystarczająco poważne, a między doznąą szkodą i naruszeniem prawa istnieje bezpośredni związek przyczynowy. Przesłanki te mają zastosowanie we wszystkich przypadkach naruszenia prawa unijnego przez państwa członkowskie, a więc i oczywiście w przypadkach naruszenia prawa unijnego przez niedokonanie lub niepełne dokonanie w terminie transpozycji dyrektywy przez państwo członkowskie.

Choć wymienione przesłanki roszczenia o odszkodowanie przeciwko państwu członkowskiemu są wywodzone z prawa unijnego, realizacja tego roszczenia, a nawet w pewnym zakresie ocena ziszczenia się niektórych jego przesłanek, zwłaszcza przesłanki szkody oraz przesłanki związku przyczynowego,

następuje wobec braku stosownych unormowań prawa unijnego przy zastosowaniu regulacji krajowych.

Prawo unijne nie uzależnia odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego od uprzedniego stwierdzenia wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości naruszenia tego prawa. Rozstrzygnięcie, czy doszło do naruszenia prawa unijnego - obojętnie w jakiej postaci (działania legislacyjnego, wydania decyzji lub orzeczenia albo zaniechania legislacyjnego, niewydania decyzji lub orzeczenia) - należy do sądu państwa członkowskiego, do którego wniesiono pozew o odszkodowanie. W judykaturze Trybunału Sprawiedliwości przyjmuje się, że do okoliczności, które sąd ten powinien mieć na względzie orzekając, czy państwo członkowskie naruszyło prawo unijne w stopniu wystarczająco poważnym, należą w szczególności: poziom jasności i precyzji ocenianych przepisów, zakres swobodnego uznania, jaki one pozostawiają władzom krajowym, umyślny lub nieumyślny charakter uchybienia, usprawiedliwiony lub nieusprawiedliwiony charakter popełnionego błędu, wpływ na dokonane naruszenie instytucji Unii, utrzymywanie stanu niezgodnego z prawem unijnym wbrew wydanemu orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości stwierdzającemu tę niezgodność.

Uznanie, że naruszony przepis przyznaje jednostkom uprawnienia, zależy, według orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, od tego, czy uprawnienia jednostek są w tym przepisie określone bezwarunkowo i wystarczająco precyzyjnie.

Przesłanka bezpośredniości związku przyczynowego, zmierzająca do ograniczenia odpowiedzialności państwa członkowskiego tylko do szkód będących „w odpowiednim stopniu bezpośrednią konsekwencją” naruszenia prawa, oznacza w świetle prawa unijnego w istocie - jak się wyjaśnia w piśmiennictwie - wymaganie, aby uszczerbek jednostki był normalnym następstwem tego naruszenia w rozumieniu koncepcji adekwatnego związku przyczynowego, której wyrazem w polskim prawie cywilnym jest art. 361 § 1 k.c.

Według stanowiska Trybunału Sprawiedliwości, podlegająca naprawieniu przez państwo członkowskie na podstawie prawa unijnego szkoda majątkowa obejmuje zarówno straty, jak i utracone korzyści.

Wskazane przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego wywodzone z prawa unijnego, ale realizowane, a w pewnym stopniu nawet ustalane przy uwzględnieniu prawa krajowego, są ujmowane przez Trybunał Sprawiedliwości jako warunek konieczny i zarazem wystarczający tej odpowiedzialności wobec jednostek za naruszenie prawa unijnego. Z takiego charakteru tych przesłanek Trybunał wyprowadza, z jednej strony, zakaz uzależnienia w prawie krajowym naprawienia przez państwo szkód spowodowanych naruszeniem prawa unijnego od wymagań materialnych i formalnych mniej korzystnych niż w przypadkach podobnych roszczeń o charakterze wewnętrznym oraz wymagań powodujących, że uzyskanie odszkodowania będzie praktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione, z drugiej zaś strony - wniosek o możliwości dochodzenia odpowiedzialności państwa za wymienione szkody na podstawie prawa krajowego, jeżeli przewidziane w prawie krajowym przesłanki nie wykraczają poza wymagania prawa unijnego.

Zestawienie wyjaśnień dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej za zaniechanie legislacyjne według prawa polskiego z wyjaśnieniami dotyczącymi odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego według prawa unijnego za nieterminowe transponowanie dyrektywy potwierdza trafność zajętego przez Sąd Apelacyjny stanowiska, że wynikające z prawa polskiego przesłanki naprawienia szkody spowodowanej nieterminowym wdrożeniem do prawa krajowego dyrektywy nie są surowsze dla poszkodowanego od przesłanek naprawienia tej szkody wywodzonych z prawa unijnego. Według obu porównywanych reżimów prawnych musi dojść do niewydania aktu prawnego z naruszeniem odpowiednio skonkretyzowanego prawnego obowiązku jego wydania, niewydany akt ma przyznawać uprawnienia podmiotom (stwarzać korzystną sytuację w ich sferze prawnej), do których należy osoba żądająca odszkodowania, doznana przez tę osobę szkoda powinna pozostawać w normalnym związku przyczynowym z rozpatrywanym zaniechaniem legislacyjnym

W konsekwencji, Sąd Apelacyjny zasadnie rozpoznał żądanie powoda w świetle art. 417 § 1 w związku z art. 417¹ § 4 i art. 361 § 1 k.c.

Jak wiadomo, Sąd Apelacyjny uznał za spełnione w sprawie dwie przesłanki wynikające z art. 417 § 1 w związku z art. 417¹ § 4: przesłankę bezprawnego zaniechania legislacyjnego - niewdrożenia w pełni postanowień MiFID I i MiFID II z naruszeniem art. 70 MiFID I i art. 53 MiFID II w związku z art. 288 TFUE (dawny art. 249 TWE) w terminie, oraz przesłankę przyznania uprawnień podmiotom, do których grona należy strona powodowa - wskazania w postanowieniach MiFID I i MiFID II określonych uprawnień jednostek z obowiązkiem wyrażenia tych uprawnień w odpowiednich aktach prawa krajowego. Na stwierdzenie pierwszej przesłanki istotny wpływ miał wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 marca 2009 r., C-143/08. Stwierdzając zaś drugą przesłankę Sąd Apelacyjny uznał, że regulacje MiFID I i MiFID II są dostatecznie skonkretyzowane i inaczej niż dyrektywy, których dotyczył wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 października 2004 r., C-222/02 /Peter Paul i in. przeciwko Republice Federalnej Niemiec/, na który powołał się Sąd Okręgowy, nie dotyczą obowiązków wykonywanych tylko w interesie publicznoprawnym. Zamieszczone w skardze kasacyjnej twierdzenie, że Sąd Apelacyjny uznał, iż postanowienia MiFID I i MiFID II nie przyznawały praw jednostkom, rozmija się w sposób oczywisty z rzeczywistością.

Na obecnym etapie postępowania spór koncentruje się więc w istocie jedynie wokół kolejnej przesłanki: istnienia związku przyczynowego w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. między niekorzystnym dla strony powodowej, powodującym straty w jej majątku rozliczeniem transakcji CIRS z dnia 8 sierpnia 2008 r., a niedokonaniem przez Polskę w terminie pełnej implementacji MiFID I i MiFID II.

Stwierdzenie związku przyczynowego w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. między określonym zdarzeniem a naruszeniem dóbr poszkodowanego wymaga przede wszystkim przeprowadzenia testu warunku *sine qua non*. Gdy jako przyczynę szkody rozpatruje się zaniechanie pewnego powinnoego działania, test ten zakłada odpowiedź na pytanie, czy gdyby działanie to nastąpiło, poszkodowany nie doznałby uszczerbku w swych dobrach prawnie chronionych. Odpowiedź negatywna wyklucza odpowiedzialność odszkodowawczą ze względu na brak związku przyczynowego, a odpowiedź pozytywna przesądza o uznaniu tego zaniechania za przyczynę warunkującą naruszenie dóbr poszkodowanego

i otwiera następny etap badań: czy naruszenie dóbr poszkodowanego stanowiło normalne następstwo tego zaniechania.

Strona powodowa twierdzi w skardze kasacyjnej, że gdyby dyrektywy, na które się powołuje, zostały w terminie w pełni transponowane do prawa polskiego, nałożone w wyniku tego przez prawo polskie na firmy inwestycyjne obowiązki, skorelowane z uprawnieniami ich klientów, spowodowałyby, iż w dniu 8 sierpnia 2008 r. nie doszłoby do zawarcia przez stronę powodową z bankiem transakcji CIRS, a w konsekwencji - do zamknięcia tej transakcji ze stratą dla strony powodowej. Innymi słowy, nie byłoby tej transakcji i wynikającej z niej straty, gdyby już w dniu 8 sierpnia 2008 r. istniał taki stan prawny, jaki powstał w wyniku wejścia w życie ustawy zmieniającej oraz rozporządzenia Ministra Finansów z 2009 r. Nieimplementowanie dyrektyw w terminie spowodowało według twierdzeń skargi, z jednej strony, niedoinformowanie powodowej spółki o ryzyku transakcji, na którą się zdecydowała, a z drugiej strony - niezyskanie przez bank takich danych co do tej spółki, które uzasadniały odmowę zawarcia z nią transakcji CIRS. W szczególności strona powodowa powołuje się w tym kontekście, na przewidziane w wymienionych w skardze przepisach dyrektyw w odniesieniu do firm inwestycyjnych, nakazy: podziału klientów na kategorie (detaliczni, branżowi, uprawnieni – art. 19 ust. 3 MiFID I i art. 28 MiFID II); ustalania, czy klient ma doświadczenie i wiedzę konieczną do oceny ryzyka związanego z oferowaną mu usługą (art. 19 ust. 3 i 4 MiFID I i art. 35 MiFID II); uczciwego, sprawiedliwego, profesjonalnego działania (art. 19 ust. 1 MiFID I); udzielania klientom informacji rzetelnych, niebudzących wątpliwości i niewprowadzających w błąd (art. 19 ust. 2 MiFID I i art. 27 MiFID II), ujętych tak, aby mogli zrozumieć charakter oraz ryzyko związane z usługą inwestycyjną (art. 19 ust. 3 MiFID I); niezawierania bez zgody klienta umów dotyczących transakcji finansowania papierów wartościowych w odniesieniu do instrumentów finansowych przechowywanych w imieniu klienta (art. 13 ust. 7 MiFID I i art. 19 MiFID II).

Przy ocenie tych twierdzeń i związanego z nimi zarzutu naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 361 § 1 k.c., należało przede wszystkim uwzględnić, że nieimplementowanie powoływanych dyrektyw w wyznaczonym terminie nie było jednoznaczne z całkowitym niedostosowaniem w wyznaczonym terminie prawa

polskiego do wymagań nałożonych w tych dyrektywach na państwa członkowskie. Według rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2005 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych oraz banków powierniczych (Dz.U. 2006.2.8 - dalej: „rozporządzenie Ministra Finansów z 2005 r.”), obowiązującego w czasie dokonania przez stronę powodową objętej sporem transakcji CIRS: należało odróżniać od klientów profesjonalnych, spełniających określone wymagania (§ 2 ust. 1 pkt 6 i ust. 2), pozostałych klientów, objętych szerszym zakresem obowiązków firm inwestycyjnych; informacje upowszechniane przez firmę inwestycyjną powinny być rzetelne i zrozumiałe (§ 3 ust. 1); informacje wskazujące korzyści możliwe do osiągnięcia przez klienta powinny wskazywać również poziom ryzyka inwestycyjnego związanego z daną usługą (§ 3 ust. 3); informacje dotyczące efektów świadczonych dotychczas usług powinny wskazywać źródło przekazywanych danych (§ 3 ust. 4); upowszechniane prognozy należało opierać na rzetelnych danych (§ 3 ust. 5); przed zawarciem umowy o świadczenie usługi firma inwestycyjna powinna zażądać od klienta informacji niezbędnych do oceny poziomu jego doświadczenia i wiedzy w dziedzinie inwestowania w instrumenty finansowe oraz do oceny jego celów inwestycyjnych, (§ 5 ust. 1), a klient otrzymać na piśmie lub nośniku elektronicznym opis ryzyka inwestycyjnego związanego z usługą (§ 4 ust. 2 pkt 7); na podstawie uzyskanych od klienta informacji firma inwestycyjna powinna dokonać oceny, czy usługa, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, jest odpowiednia dla klienta (§ 5 ust. 3); w razie oceny, że usługa jest nieodpowiednia ze względu na zbyt duże ryzyko klient powinien być o tym poinformowany na piśmie lub za pomocą elektronicznego nośnika informacji (§ 5 ust. 4).

Nie negując samego faktu naruszenia przez Polskę obowiązku terminowej transpozycji MiFID I i MiFID II do prawa krajowego, zakres różnic dotyczących obowiązków firm inwestycyjnych wobec klientów między przepisami rozporządzenia Ministra Finansów z 2005 r. a przepisami dyrektyw nie jest – jak wynika z powyższego zestawienia - tak duży, aby brak pełnej terminowej implementacji tych dyrektyw do prawa polskiego można było uznać za zdarzenie, bez którego (*conditio sine qua non*) nie doszłoby do zawarcia przez stronę powodową transakcji CIRS, a w konsekwencji - do straty, którą zakończyło się rozliczenie tej transakcji.

Również przepisy obowiązujące w chwili zawarcia tej transakcji zapewniały stronie powodowej uzyskanie rzetelnych informacji o związanym z nią ryzyku (zob. także co do innych jeszcze źródeł obowiązku udzielania takich informacji wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2012 r., IV CSK 225/11) oraz nakładały na bank obowiązek uzyskania informacji niezbędnych do oceny poziomu doświadczenia i wiedzy strony powodowej w dziedzinie inwestowania w instrumenty finansowe.

Bezpodstawnie skarżąca powołuje się na jej zdaniem przewidziany w dyrektywach, a nieznanym prawu polskiemu w chwili zawarcia przez stronę powodową transakcji CIRS, obowiązek firmy inwestycyjnej odmówienia zawarcia transakcji z klientem w takich sytuacjach, jak występująca w sprawie. Według art. 19 ust. 5 MiFID I, przedsiębiorstwo inwestycyjne, które uważa, że dana usługa jest nieodpowiednia dla klienta powinno go o tym ostrzec. Analogicznej treści przepis zawierał § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Finansów z 2005 r. Zawarty zaś w dyrektywach zakaz zawierania przez przedsiębiorstwa inwestycyjne bez zgody klienta umów dotyczących transakcji finansowania papierów wartościowych w odniesieniu do instrumentów finansowych przechowywanych w imieniu klienta nie może być odniesiony do stanu faktycznego sprawy, ponieważ nie chodzi w niej o transakcję, której dotyczy ten zakaz.

Przyczyny warunkującej zawarcie przez strony w sierpnia 2008 r. transakcji zamiany stóp procentowych na podstawie jena jako waluty bazowej nie można się więc dopatrywać w deficycie obowiązującej wówczas regulacji w zakresie odnoszącym się do zapewnienia uczestnikom obrotu niezbędnych danych do podjęcia decyzji o zawarciu takiej transakcji, lecz w realiach ówczesnej praktyki.

Podsumowując, zarzuty skargi kasacyjnej zmierzające do podważenia stanowiska Sądu Apelacyjnego o nieziszczeniu się w sprawie przesłanki związku przyczynowego nie zasługiwały na uwzględnienie, dlatego zgodnie z art. 398¹⁴ k.p.c. skargę kasacyjną należało oddalić, a o kosztach postępowania kasacyjnego rozstrzygnąć stosownie do art. 98 w związku z art. 108 § 1 i art. 398²¹ k.p.c. oraz art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U.169.1417 ze zm.), a także art. 99 k.p.c. i § 6 pkt 6 oraz § 13 ust. 4 pkt rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie

opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U.2013.461).