

**Sygn. akt I ACa 123/16**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Beata Kozłowska

Sędziowie: SA Jerzy Paszkowski (spr.)

SA Robert Obrębski

Protokolant: Karolina Długosz-Żółtowska

po rozpoznaniu w dniu 20 kwietnia 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 1 października 2015 r., sygn. akt XVI GC 1209/14

**1. oddala obie apelacje;**

**2. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania apelacyjnego.**

Jerzy Paszkowski Beata Kozłowska Robert Obrębski

Sygn. akt I ACa 123/16

## UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym do Sądu w dniu 17 września 2014 r. powód (...) S.A. w W. (dalej O.) domagał się zasądzenia od pozwanego (...) Sp. z o.o. w W. (Polkomtel) kwoty 21 000 000 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwot:

- 12 000 000 zł od dnia 29 marca 2014 r. do dnia zapłaty,

- 6 000 000 zł od dnia 15 maja 2014 r. do dnia zapłaty,

- 3 000 000 zł od dnia 9 lipca 2014 r. do dnia zapłaty;

oraz zwrot kosztów procesu wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powód wyjaśnił, że dochodzi od pozwanego zapłaty kar umownych przewidzianych w zawartej przez strony umowie o przeniesienie praw do dysponowania częstotliwościami radiowymi. Powód wskazał,

że racją naliczenia przedmiotowych kar były sprzeczne z umową zachowania pozwanego, skutkujące wydłużeniem postępowania administracyjnego w sprawie zmiany rezerwacji częstotliwości i w konsekwencji uniemożliwiającej realizację celu tejże umowy. Powód podniósł, że wezwał stronę pozwaną do zapłaty naliczonych kar umownych, lecz żądanie to nie zostało zaspokojone. W związku z powyższym – w ocenie powoda – wytoczenie niniejszego powództwa było uzasadnione.

W dniu 13 stycznia 2015 r. pozwany wniósł odpowiedź na pozew, w której zawniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według spisu kosztów, który zostanie złożony na ostatniej rozprawie, a w razie jego niezłożenia – według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwany podniósł całkowitą nieważność powołanej przez powoda umowy o przeniesienie praw do dysponowania częstotliwościami radiowymi, powołując się na art. 387 § 1 k.c. oraz art. 58 § 3 k.c. W tym przedmiocie pozwany wyjaśnił, że rezerwacja częstotliwości stanowi przykład rei extra commercium, znajdującej się poza zakresem ściśle określonym w prawie telekomunikacyjnym (dalej p.t.) i nie można przenieść rezerwacji częstotliwości na mocy umowy cywilnoprawnej. Pozwany podniósł, że zgodnie z art. 535 k.c. w zw. z art. 555 k.c. i art. 44 k.c., sprzedać można prawo, o ile ma ono prywatnoprawny i zbywalny charakter. Nadto, strona pozwana zarzuciła również nieważność zawartego w art. 4.1.2.1. umowy warunku zawieszający skuteczność czynności prawnej polegającej na przeniesieniu rezerwacji częstotliwości w drodze umowy, w postaci wydania decyzji Prezesa (...) w trybie art. 122 p.t., gdyż taki warunek – zdaniem pozwanego – sprzeciwiałby się ustawie, która przewiduje wyłącznie administracyjnoprawny tryb przeniesienia rezerwacji częstotliwości.

W kolejnym zarzucie pozwany podniósł, że kary umowne nie mogą być skutecznie zastrzeżone na wypadek złożenia pism w postępowaniu administracyjnym, bowiem takie zachowanie dłużnika nie spełnia kryteriów świadczenia w granicach swobody umów i nie może stanowić świadczenia zobowiązania, którego nienależyte wykonanie lub nie wykonanie obwarowano karą umowną, albowiem nie podgalają one sąsądzeniu i wykonaniu w drodze przymusu.

W dalszej kolejności pozwany zarzucił, iż wykonał on swoje zobowiązanie z umowy zgodnie z jej treścią, gdyż złożył w umówionym terminie odpowiedni wniosek o zmianę dysponenta rezerwacji na (...)w trybie art. 122 p.t. i nie miał obowiązku modyfikacji tego wniosku w zakresie wskazania, jako nowego dysponenta rezerwacji – (...) S.A., ani też złożenia nowego wniosku.

Strona pozwana podniosła również, iż nie zaszły określone w umowie przesłanki naliczenia kar umownych za opisane w pozwie działania pozwanego, bowiem nie wypełniały znamion naruszeń przedmiotowej umowy, tj. nie doszło do opóźnień w wydaniu decyzji; a jeśli przyjąć, że do takich opóźnień doszło, to brak jest normalnego i adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy działaniami pozwanego o tymże opóźnieniem. Pozwany zarzucił także nieważność wydanej w sprawie decyzji na rzecz powoda.

Ponadto, pozwany wskazał, że kary umowne są nie należne, gdyż powód nie poniósł żadnej szkody w związku z naruszeniami wskazanymi przez powoda. Pozwany zakwestionował również wysokość kary umownych z uwagi na ich rażące wygórowanie. Zarzucił również powodowi naruszenie zasad współżycia społecznego.

W dalszym toku procesu strony podtrzymały swoje stanowiska.

Wyrokiem z 1 października 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie

1. Zasądził od (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwotę 9.000.000 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty:

- 6.000.000 zł od 12 kwietnia 2014 roku do dnia zapłaty
- 3.000.000 zł od 23 lipca 2014 roku do dnia zapłaty;

2. Oddalił powództwo w pozostałej części;

3. Zasadził od (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwotę 45 031,14 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym 3 024 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

4. Zasadził od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 4 185,86 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane po dokonaniu następujących ustaleń faktycznych i prawnych:

W dniu 22 lipca 2013 r. (...) zawarł z (...) Sp. z o.o. w W. (dalej (...)), umowę o przeniesienie praw do dysponowania częstotliwościami radiowymi.

Przedmiotem i celem umowy było przeniesienie przez (...) na (...) całości praw do dysponowania częstotliwościami radiowymi z zakresu (...) – (...) MHz i (...) – (...) MHz („Częstotliwości Przenoszone”), współdziałanie (...) w możliwości uzyskania przez (...) (...) rezerwacji Częstotliwości Przenoszonych, ukształtowanie praw i obowiązków stron wynikających z decyzji rezerwacyjnej w sposób ustalony przez strony w punkcie 3.2.3 Umowy oraz umożliwienie (...) uzyskania w drodze decyzji Prezesa (...) (Prezes (...)) rezerwacji Częstotliwości Przenoszonych.

W punkcie 4.2 (...) zobowiązał się w szczególności do wystąpienia do Prezesa (...) z wnioskiem o dokonanie zmiany rezerwacji częstotliwości w zakresie Częstotliwości Przenoszonych poprzez zmianę podmiotu dysponującego ww. rezerwacją w ten sposób, że zamiast Pozwanego podmiotem dysponującym zakresami częstotliwości (...) MHz i (...) MHz będzie (...). W zamian za zmianę rezerwacji, (...) zobowiązała się do zapłaty na rzecz Pozwanego, na zasadach określonych Umową, wynagrodzenia w wysokości 21 500 000 zł (punkt 4.6 Umowy).

Poza zobowiązaniem do podjęcia działań zmierzających do wydania przez Prezesa (...) decyzji zmieniającej rezerwację częstotliwości w paśmie (...) MHz, strony zobowiązały się do niepodejmowania jakichkolwiek działań zmierzających do opóźnienia lub niedokonania wnioskowanej zmiany rezerwacji oraz do zapewnienia stabilności tak dokonanej zmiany (punkty 3, 4.4, 4.5 i 4.7 Umowy). (...) zobowiązał się do:

1) niepodejmowania jakichkolwiek czynności, które mogłyby skutkować opóźnieniem wydania lub niewydaniem decyzji Prezesa (...) zgodnej z celem i przedmiotem Umowy oraz złożonym wnioskiem o zmianę rezerwacji (...) (punkt 4.4.1 Umowy);

2) niepodejmowania jakichkolwiek czynności zmierzających do zaskarżenia, uchylecia, zmiany, stwierdzenia wygaśnięcia lub nieważności decyzji Prezesa (...) zgodnej z celem i przedmiotem Umowy oraz złożonym wnioskiem o zmianę rezerwacji (...) (punkt 4.4.2 Umowy);

3) niepodejmowania jakichkolwiek działań skutkujących opóźnieniem udzielenia rezerwacji Częstotliwości Przenoszonych na kolejne okresy.

W pkt. 8.1. umowy przewidziano, że strona może żądać od strony przyczyniającej się do działań lub zaniechań sprzecznych z przedmiotem i celem umowy określonym w pkt 3, zapłaty kary umownej w wysokości 3 000 000 zł za każdy przypadek, m.in. podjęcia przez stronę (lub podmiot z jej grupy kapitałowej) jakiegokolwiek czynności, której skutkiem mogłoby być opóźnienie wydania lub niewydanie przez Prezesa (...) decyzji zgodnej z przedmiotem i celem Umowy (pkt 8.1.3).

Z kolei stosownie do punktu 8.1.4. Umowy, roszczenie o karę umowną powstawało również w przypadku podjęcia przez stronę (lub podmiot z jej grupy kapitałowej) czynności zmierzających do zaskarżenia, zmiany, uchylecia, stwierdzenia wygaśnięcia lub stwierdzenia nieważności decyzji Prezesa (...), jak również do wznowienia postępowania w sprawie wydania tej decyzji.

W dniu 29 sierpnia 2013 r. (...) złożył do Prezesa (...) wniosek o zmianę rezerwacji częstotliwości w zakresie objętym umową. Do wniosku załączone zostało oświadczenie (...) z dnia 27 sierpnia 2013 r., w którym spółka ta wyraziła

zgodę na przejście uprawnień i obowiązków wynikających ze zmiany rezerwacji częstotliwości w zakresie podmiotu dysponującego rezerwacją Częstotliwości Przenoszonych.

W toku prowadzonego postępowania, w piśmie z dnia 18 października 2013 r., (...)nie wyraził zgody na zaproponowane przez Prezesa (...) brzmienie sentencji decyzji zmieniającej rezerwację częstotliwości (...)w zakresie objętym umową.

Następnie, w dniu 22 października 2013 r. (...)wniósł do Prezesa (...) pismo, w którym zawniósł o rozważenie przez Prezesa (...) zasadności zasięgnięcia opinii Prezesa (...) przed dokonaniem ewentualnej zmiany decyzji rezerwacyjnej.

Pismem z dnia 23 października 2013 r., (...)poinformował Prezesa (...), że wszystkie treści zawarte w tymże piśmie jak również piśmie (...)z dnia 22 października 2013 r., należy traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z tym, (...)wniósł o ograniczenie przez Prezesa (...) osobom trzecim wglądu zarówno w treści pisma z dnia 22 października 2013 r., jak również przedmiotowego pisma albowiem ich udostępnienie grozi ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa (...).

W konsekwencji powyższego wszczęte zostało postępowanie wпадkowe w sprawie ograniczenia wglądu do informacji objętych takim wnioskiem (...).

W dniu 31 grudnia 2013 r. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego wpisał do rejestru przedsiębiorców połączenie spółki pod firmą (...) S.A. (jako spółki przejmującej) oraz (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. (jako spółek przejmowanych). Połączenie to nastąpiło w trybie art. 492 1 pkt 1 Ustawy z dnia 15 września 2010 r. Kodeks spółek handlowych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 1030 ze zm.), poprzez przeniesienie całego majątku spółek (...) — (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. na spółkę (...) S.A. jako jedynego wspólnika przejmowanych spółek. Z dniem 31 grudnia 2013 r. (...) S.A. wstąpiła więc we wszystkie prawa i obowiązki spółek przejmowanych, w szczególności w prawa i obowiązki(...) wynikające z Umowy. Sąd dokonał również zmiany firmy spółki przejmującej z (...) Spółka Akcyjna na (...) Spółka Akcyjna.

W dniu 10 stycznia 2014 r. Prezes (...) wydał postanowienie o nr (...), którym odmówił ograniczenia wglądu w materiał dowodowy objęty ww. pismem (...).

Następnie, w dniu 28 lutego 2014 r. Prezes (...) wydał decyzję znak (...), na mocy której dokonał zmiany rezerwacji częstotliwości (...)zgodnie z wnioskiem z dnia 29 sierpnia 2013 r. i oświadczeniem (...) z dnia 27 sierpnia 2013 r.

W dniu 3 marca 2014 r. (...)złożył do Prezesa (...) wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji Prezesa (...), wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonania tej Decyzji.

Pismem z dnia 27 marca 2014 r. (...) S.A. wezwał (...)do zapłaty czterech kar umownych, każda w wysokości 3 000 000 zł, w łącznej kwocie 12 000 000 zł. Kary te zostały naliczone za następujące działania (...):

- 1) złożenie do Prezesa (...) pisma z dnia 18 października 2013 r., w którym (...)nie wyraził zgody na zaproponowane przez Prezesa (...) brzmienie sentencji decyzji zmieniającej rezerwację częstotliwości (...)w zakresie objętym umową;
- 2) złożenie do Prezesa (...) pisma z dnia 22 października 2013 r., w którym (...)zawnioskował o rozważenie przez Prezesa (...) zasadności zasięgnięcia opinii Prezesa (...) przed dokonaniem ewentualnej zmiany decyzji rezerwacyjnej;
- 3) złożenie do Prezesa (...) pisma z dnia 23 października 2013 r., w którym (...)zawnioskował o ograniczenie przez Prezesa (...) osobom trzecim wglądu w treści pisma z dnia 22 października 2013 r., jak również z dnia 23 października 2013 r. z uwagi na niebezpieczeństwo ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (...);

4) oraz złożenie do Prezesa (...) wniosku z dnia 3 marca 2014 r. o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji Prezesa (...).

W ocenie O. Polska powyższe działania spowodowały wydłużenie postępowania administracyjnego w sprawie zmiany rezerwacji (...)zgodnie z umową.

W dalszym przebiegu postępowania, (...)złożył do Prezesa (...) pismo z dnia 11 marca 2014 r., w którym wyraził brak zgody na zmianę podmiotu dysponującego rezerwacją objętą wnioskiem z dnia 29 sierpnia 2013 r. na (...) S.A., oraz warunkowo cofnął wniosek o zmianę podmiotu dysponującego rezerwacją z dnia 29 sierpnia 2013 r.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2014 r. Prezes (...) wezwał (...)do przedstawienia wyjaśnienia, czy w związku z pismem z dnia 11 marca 2014 r. cofa wniosek o zmianę częstotliwości z dnia 29 sierpnia 2013 r.

W piśmie z dnia 14 kwietnia 2014 r., w którym (...)nie udzielił Prezesowi (...) odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie do udzielenia pisemnego stanowiska w sprawie, oraz wniósł do Prezesa (...) o przedłużenie wyznaczonego terminu do przedstawienia pisemnego stanowiska (...)do dnia 15 maja 2014 r.

Pismem z dnia 12 maja 2014 r. (...) S.A. wezwał (...)do zapłaty dwóch kar umownych, każda w wysokości 3.000.000 zł, w związku ze złożeniem przez (...)do Prezesa (...) pisma z dnia 11 marca 2014 r. oraz 14 kwietnia 2014 r., które w ocenie (...) S.A. były sprzeczne z umową oraz spowodowały wydłużenie postępowania administracyjnego w sprawie zmiany rezerwacji częstotliwości.

Pismem z dnia 13 czerwca 2014 r., (...)cofnął wniosek z dnia 29 sierpnia 2013 r. o wydanie przez Prezesa (...) decyzji o zmianie podmiotu uprawnionego do dysponowania Częstotliwościami Przenoszonymi z zakresu (...) MHz oraz (...)MHz, wniósł o uchylenie Decyzji Prezesa (...) z dnia 28 lutego 2014 r. w całości oraz wniósł o umorzenie postępowania w sprawie.

(...) S.A., pismem z dnia 1 lipca 2014 r., wezwał (...)do zapłaty kolejnej kary umownej w wysokości 3.000.000 zł, za złożenie pisma z dnia 13 czerwca 2014 roku. W uzasadnieniu pisma (...) S.A. wskazał, że złożenie omawianego pisma uprawnia go do żądanie przedmiotowej kary na podstawie pkt 8.1. umowy.

Po rozpoznaniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy złożonego przez (...), w dniu 22 lipca 2014 r. Prezes (...) wydał decyzję znak (...), mocą której uchylił decyzję Prezesa (...), tj. decyzję z dnia 28 lutego 2014 r. znak (...) i w całości umorzył postępowanie zakończone wydaniem zaskarżonej Decyzji.

Do dnia wytoczenia powództwa (...)nie dokonał zapłaty naliczonych przez powoda kar umownych, będących przedmiot żądań strony powodowej w niniejszym postępowaniu.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o niesporne twierdzenia stron stosownie do treści art. 229 k.p.c. i 230 k.p.c. i założone w sprawie dokumenty, które Sąd uznał za wiarygodne źródło dowodowe.

Sąd nie prowadził postępowania dowodowego z urzędu, gdyż przy rozpoznawaniu sprawy na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego rzeczą Sądu nie jest zarządzenie dochodzeń w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie, ani też Sąd nie jest zobowiązany do przeprowadzenia z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 232 k.p.c.). Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na stronach (art. 3 k.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.) spoczywa na stronie, która z faktów tych wywodzi skutki prawne (art. 6 k.c. - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1996 r., I CKU 45/96 - OSNC 1997/6-7, poz. 76; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2000 r., III CKN 237/00 - OSNC 2000/10, poz. 190).

Zdaniem Sądu Okręgowego powództwo co do roszczenia głównego podlegało uwzględnieniu do kwoty 9 000 000 zł.

W niniejszej sprawie powód dochodził zasądzenia od pozwanego kwoty 21 000 000 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwot i terminów wskazanych w petitum pozwu. Na wskazaną przez powoda sumę złożyły się naliczone pozwanemu kary umowne, sankcjonujące zachowania (...) Sp. z o.o. w W.. W ocenie powoda zachowania te skutkowały wydłużeniem postępowania administracyjnego w sprawie zmiany rezerwacji częstotliwości i w konsekwencji uniemożliwiały realizację celu zawartej między stronami umowy.

Powód oparł swoje żądanie na stosunku prawnym wynikającym z Umowy o przeniesienie praw do dysponowania częstotliwościami radiowymi, zawartej w dniu 22 lipca 2013 r. Przedmiotem i celem umowy było przeniesienie przez pozwanego na (...) całości praw do dysponowania częstotliwościami radiowymi z zakresu (...) MHz i (...) MHz, współdziałanie pozwanego w możliwości uzyskania przez (...) rezerwacji przenoszonych częstotliwości, ukształtowanie praw i obowiązków stron wynikających z decyzji rezerwacyjnej w sposób ustalony przez strony w punkcie 3.2.3 umowy oraz umożliwienie (...) uzyskania w drodze decyzji Prezesa (...) rezerwacji Częstotliwości Przenoszonych. W punkcie 4.2 pozwany zobowiązał się w szczególności do wystąpienia do Prezesa (...) z wnioskiem o dokonanie zmiany rezerwacji częstotliwości w zakresie częstotliwości przenoszonych poprzez zmianę podmiotu dysponującego ww. rezerwacją w ten sposób, że zamiast pozwanego podmiotem dysponującym zakresami częstotliwości wymienionymi w umowie zakresami częstotliwości będzie (...). W zamian za zmianę rezerwacji, (...) zobowiązała się do zapłaty na rzecz Pozwanego, na zasadach określonych Umową, wynagrodzenia w wysokości 21 500 000 zł (punkt 4.6 Umowy).

Okoliczność zawarcia przedmiotowej umowy oraz jej treść były między stronami bezsporne.

Powód podniósł, iż w toku zainicjowanego przez pozwanego postępowania przed Prezesem (...), którego celem było dokonanie zmiany rezerwacji częstotliwości, pozwany podejmował działania skutkujące wydłużeniem postępowania administracyjnego w sprawie zmiany rezerwacji częstotliwości i w konsekwencji uniemożliwiające realizację celu tejże umowy. Do działań tych powód zaliczył:

- 1) złożenie do Prezesa (...) pisma z dnia 18 października 2013 r., w którym (...)nie wyraził zgody na zaproponowane przez Prezesa (...) brzmienie sentencji decyzji zmieniającej rezerwację częstotliwości (...)w zakresie objętym umową;
- 2) złożenie do Prezesa (...) pisma z dnia 22 października 2013 r., w którym (...)zawnioskował o rozważenie przez Prezesa (...) zasadności zasięgnięcia opinii Prezesa (...) przed dokonaniem ewentualnej zmiany decyzji rezerwacyjnej;
- 3) złożenie do Prezesa (...) pisma z dnia 23 października 2013 r., w którym (...)zawnioskował o ograniczenie przez Prezesa (...) osobom trzecim wglądu w treści pisma z dnia 22 października 2013 r., jak również z dnia 23 października 2013 r. z uwagi na niebezpieczeństwo ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (...);
- 4) złożenie do Prezesa (...) wniosku z dnia 30 marca 2014 r. o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem decyzji Prezesa (...);
- 5) złożenie do Prezesa (...) pisma z dnia 11 marca 2014 r., w którym (...)wyraził brak zgody na zmianę podmiotu dysponującego rezerwacją objętą wnioskiem oraz warunkowo cofnął wniosek o zmianę podmiotu dysponującego rezerwacją z dnia 29 sierpnia 2013 r.
- 6) złożenie do Prezesa (...) pisma z dnia 14 kwietnia 2014 r., w którym (...)nie udzielił Prezesowi (...) odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie do udzielenia pisemnego stanowiska w sprawie, oraz wniósł do Prezesa (...) o przedłużenie wyznaczonego terminu do przedstawienia pisemnego stanowiska Pozwanego do dnia 15 maja 2014 r.;
- 7) złożenie do Prezesa (...) pisma z dnia 13 czerwca 2014 r., którym (...)cofnął wniosek z dnia 29 sierpnia 2013 r. o wydanie przez Prezesa (...) decyzji o zmianie podmiotu uprawnionego do dysponowania Częstotliwościami Przenoszonymi z zakresu (...) MHz oraz (...) MHz, wniósł o uchylenie Decyzji Prezesa (...) z dnia 28 lutego 2014 r. w całości oraz wniósł o umorzenie postępowania w sprawie.

Zdaniem powoda opisane wyżej działania pozwanego zobowiązał naruszały następujące postanowienia umowy 22 lipca 2013 r.:

- pkt 4.4.1, który stanowił o niepodejmowaniu jakichkolwiek czynności, które mogłyby skutkować opóźnieniem wydania lub niewydaniem decyzji Prezesa (...) zgodnej z celem i przedmiotem Umowy oraz złożonym wnioskiem o zmianę rezerwacji (...);

- pkt 4.4.2, który stanowił o niepodejmowaniu jakichkolwiek czynności zmierzający do zaskarżenia, uchylecia, zmiany, stwierdzenia wygaśnięcia lub nieważności decyzji Prezesa (...) zgodnej z celem i przedmiotem Umowy oraz złożonym wnioskiem o zmianę rezerwacji (...);

- pkt 4.7, który stanowił o niepodejmowaniu jakichkolwiek działań skutkujących opóźnieniem udzielenia rezerwacji Częstotliwości Przenoszonych na kolejne okresy.

W odpowiedzi na tak przedstawione twierdzenia, pozwany w pierwszej kolejności podniósł całkowitą nieważność powołanej przez powoda umowy o przeniesienie praw do dysponowania częstotliwościami radiowymi, powołując się na art. 387 § 1 k.c. oraz art. 58 § 3 k.c. Pozwany wskazał, że świadczenie polegające na przeniesieniu na nabywcę praw wynikających z rezerwacji częstotliwości nie może być przedmiotem ważnego zobowiązania cywilnoprawnego.

Ocena zasadności powyższego zarzutu wymagała odwołania do prawa telekomunikacyjnego, tj. do ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. 2004 nr 171 poz. 1800 ze zm.; dalej: pr. tel.). Podstawę zmiany podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości stanowi art. 122 tejże ustawy. Z przepisu tego wynika, że dla osiągnięcia skutku prawnego w postaci przeniesienia częstotliwości wymagana jest decyzja administracyjna wydawana przez Prezesa (...), co z kolei rodzi konieczność wszczęcia postępowania administracyjnego przez podmiot zainteresowany przeniesieniem częstotliwości na rzecz innego podmiotu. W doktrynie podkreśla się jednak, że sama czynność pomiędzy podmiotami przenoszącymi uprawnienia w zakresie rezerwacji częstotliwości, ma ściśle cywilnoprawny charakter i pozostaje poza przepisami prawa telekomunikacyjnego (vide M. Rogalski, Komentarz do art. 122 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, LEX 2010, nr 8408; A.J. Krasuski, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. III, LexisNexis 2010, nr 9881). Oceny te, zdaniem Sądu Okręgowego, uznać należy za zasadne, bowiem sam przepis art. 122 p.t. nie wyklucza możliwości przeniesienia uprawnień wynikających z rezerwacji częstotliwości w oparciu o warunki ukształtowane przez strony (podmiot przekazujący i podmiot przejmujący) w drodze czynności cywilnoprawnej. Wniosek taki wypływa również bezpośrednio z brzmienia art. 9 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Ramowej 2002/21/WE z dnia 07 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. WE L 108 z 24.04.2002), zgodnie z którym Państwa Członkowskie mogą przyjąć przepisy umożliwiające przedsiębiorstwom przekazanie praw do użytkowania częstotliwości innym przedsiębiorstwom. Nadto, o możliwości uczynienia rezerwacji częstotliwości przedmiotem ważnego zobowiązania cywilnoprawnego, przesądza także art. 122<sup>1</sup> ust. 1 p.t., który stanowi, że podmiot dysponujący rezerwacją częstotliwości może częstotliwości objęte rezerwacją wydzierżawić lub przekazać do użytkowania na podstawie innego tytułu prawnego na rzecz innego podmiotu. Wobec powyższego – w ocenie Sądu – nie ma żadnych przeciwwskazań, aby podmioty, między którymi ma dojść do przeniesienia uprawnień w zakresie rezerwacji częstotliwości, ustaliły w drodze nienazwanej umowy cywilnoprawnej warunki przedmiotowego przejścia, m.in. w zakresie wysokości, przesłanek i sposobu zapłaty ceny, a także sankcji przysługujących względem strony, która nie wykona bądź nienależyte wykona zobowiązania przewidzianego umową – co w rzeczonyj umowie przybrało postać kar umownych. Oczywiście jest jednak, że zawarcie takiej umowy nie prowadzi do przeniesienia uprawnień w zakresie rezerwacji częstotliwości, bowiem – jak wskazano to wyżej – dla osiągnięcia skutku prawnego w postaci przeniesienia częstotliwości wymagana jest jednak decyzja administracyjna. Strony zamierzające dokonać transakcji przeniesienia częstotliwości muszą wcześniej zgłosić ten fakt Prezesowi (...), który wydaje w tej kwestii stosowaną decyzję.

Wobec powyższego, brak było podstaw do stwierdzenia nieważności umowy z dnia 22 lipca 2013 r., w związku z tym zarzut pozwanego w tym względzie Sąd Okręgowy uznał za bezzasadny.

Strona pozwana zarzuciła również nieważność zawartego w pkt. 4.1.2.1. umowy warunku zawieszającego skuteczność czynności prawnej polegającej na przeniesieniu rezerwacji częstotliwości w drodze umowy, w postaci wydania decyzji Prezesa (...) w trybie art. 122 p.t. Zdaniem pozwanego taki warunek sprzeciwiałby się ustawie, która przewiduje wyłącznie administracyjnoprawny tryb przeniesienia rezerwacji częstotliwości.

Odnosząc się do powyższego zarzutu, na wstępie wskazać należy, że warunek określony w art. 89 k.c. rozumieć należy jako zastrzeżenie, mocą którego los czynności zostaje uzależniony od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Postanowienie to powszechnie zaliczane jest do kategorii *accidentalium negotii* czynności prawnej, tzn. składników podmiotowo istotnych, które nie decydują o rodzaju czynności, a jedynie modyfikują jej typowe skutki (por. Z. Radwański (w:) System Prawa Cywilnego, t. 1, s. 534; tenże (w:) System Prawa Prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 268 i n.). Należy jednak odróżniać warunek w rozumieniu art. 89 k.c. od ustawowo określonego wymogu (przesłanki) ważności czynności prawnej. W tym drugim przypadku chodzi o tzw. warunek prawny (*condicio iuris*). Taki charakter mają np. normatywnie określone wymagania co do formy czynności prawnej, kwalifikacji jej uczestników czy konieczności uzyskania zgody określonych podmiotów na dokonanie czynności prawnej (por. K. Piasecki, Komentarz, s. 420; A. Chłopecki, Warunki w rozumieniu art. 89 k.c. a warunki prawne (*conditiones iuris*), PPH 2001, nr 7, s. 23 i n.; B. Giesen (w:) M. Pyziak-Szafnicka, Komentarz, 2009, s. 947 i n.; wyr. SN z dnia 11 sierpnia 2011 r., I CSK 605/10, Lex nr 1096030). W tym kontekście przywołać również należy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2005 r. (III CK 577/04, Lex nr 277131), w którym wskazano, że z istoty warunku prawnego wynika, iż nie stanowi on umownego zastrzeżenia powstania czy ustania skutków czynności prawnej od przyszłego i niepewnego zdarzenia, uzależnia jedynie jej ważność lub skuteczność od wystąpienia przesłanki określonej w przepisie prawa. Podobne stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 21 lipca 2005 r. (I GSK 375/05, ONSAiWSA 2006, nr 2, poz. 60) wyjaśniając, iż pojęcie warunku określone na gruncie prawa cywilnego (art. 89 i n. k.c.) nie może być stosowane przy wykładni pojęcia warunku sprzedaży towaru w rozumieniu art. 30 § 1 pkt 3 ustawy z dnia 9 stycznia 1997 r. - Kodeks celny (uchylonej - przyp. aut.), to jest jako związek pomiędzy ceną importowanego towaru a opłatami licencyjnymi. Według NSA użyty we wskazanym przepisie "warunek sprzedaży" oznacza konieczną przesłankę uzależniającą nabycie przez importera towaru będącego przedmiotem zgłoszenia celnego.

Na gruncie przedmiotowej Umowy, strony w jej pkt. 4 postanowiły m.in., że (...)przenosi na (...)całość praw do dysponowania częstotliwościami przenoszonymi m.in. pod warunkiem wydania przez Prezesa (...) na podstawie art. 122 p.t. – decyzji zmieniającej podmiot dysponujący rzeczoną częstotliwością. Oceniając powyższe, stwierdzić zatem należało, że warunek ten stanowi w istocie powtórzenie przesłanki przeniesienia częstotliwości, którą zgodnie ze wspomnianym art. 122 p.t. jest wydanie pozytywnej decyzji przez Prezesa (...). Wymóg uzyskania takiej decyzji jest zatem przesłanką ustanowioną przez normę prawną, pozbawiając go tym samym charakteru zdarzenia umownego, o którym mowa w art. 89 k.c. i nast. Nie można bowiem uznać za warunek w rozumieniu cywilnoprawnym przesłanek skuteczności czynności prawnej ustanowionych przez normy prawne. Powstanie skutków prawnych jest bowiem w takim przypadku uzależnione od treści normy prawnej, a nie od treści czynności prawnej, która oczywiście może powtarzać wymagania przewidziane w ustawie, niemniej nie będzie to mieć znaczenia dla oceny jej skuteczności. W związku z powyższym również zarzut pozwanego w tej kwestii uznać należało za bezzasadny.

Przechodząc w dalszej kolejności do oceny dopuszczalności zastrzeżonych w pkt. 8 umowy kar umownych, odnieść należało się do unormowań zawartych w art. 483 § 1 k.c. Zgodnie z przywołanym przepisem można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Przepis ten zawiera ustawową definicję kary umownej. W nauce prawa wskazuje się, że kara umowna polega na tym, iż strony stosunku prawnego - obligacyjnego ustalają w umowie pewne świadczenie (zapłatę oznaczonej sumy pieniężnej), które w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, dłużnik obowiązany jest spełnić zamiast lub obok odszkodowania. Z powyższego wynika, że zastrzeżenie przez strony w umowie kary umownej stanowi naprawienie szkody w całości lub części wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. W orzecznictwie funkcjonuje pogląd, który wskazuje, że kategoryczne brzmienie art. 483 § 1 k.c. nie pozostawia wątpliwości co do tego, że kara



umowna może być zastrzeżona wyłącznie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Norma ta ma charakter *iuris cogentis*, co oznacza, że zastrzeżenie kary umownej w stosunku do zobowiązania pieniężnego jest niedopuszczalne, choćby strony w umowie postanowiły inaczej (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 marca 2014 r., sygn. I ACa 1112/13).

Wskazać należy, że przepis art. 483 k.c. w żaden sposób nie ogranicza zakresu zobowiązań niepieniężnych w odniesieniu do których można zastrzec karę umowną. Karę umowną można zastrzec na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, bez względu na to, czy świadczenie miało polegać na działaniu czy też zaniechaniu.

Jak wynika z treści przedmiotowej Umowy, w jej pkt. 8 przewidziano, że strona może żądać od strony przyczyniającej się do działań lub zaniechań sprzecznych z przedmiotem i celem umowy określonym w pkt 3, zapłaty kary umownej w wysokości 3 000 000 zł za każdy przypadek, m.in. podjęcia przez stronę (lub podmiot z jej grupy kapitałowej) jakiegokolwiek czynności, której skutkiem mogłoby być opóźnienie wydania lub niewydanie przez Prezesa (...) decyzji zgodnej z przedmiotem i celem Umowy (pkt 8.1.3). Z kolei stosownie do punktu 8.1.4. umowy, roszczenie o karę umowną miało powstać również w przypadku podjęcia przez stronę (lub podmiot z jej grupy kapitałowej) czynności zmierzających do zaskarżenia, zmiany, uchylenia, stwierdzenia wygaśnięcia lub stwierdzenia nieważności decyzji Prezesa (...), jak również do wznowienia postępowania w sprawie wydania tej decyzji.

W ocenie Sądu należy zgodzić się ze stanowiskiem strony powodowej, że zastrzeżenie ww. kar umownych chroni cel umowy wskazany w pkt 3., który wyrażał się przede wszystkim w dążeniu stron do przeniesienia na powoda częstotliwości, którą dysponował pozwany. Zastrzeżenie to zabezpieczało zatem osiągnięcie celu umowy przed działaniami mogącymi doprowadzić do opóźnienia lub udaremnienia jego realizacji. Zainicjowanie postępowania administracyjnego przed Prezesem (...) jak już wskazano – było ustawowo koniecznym warunkiem do osiągnięcia celu przedmiotowej umowy, stąd też ochrona jego przebiegu była w pełni uzasadniona. Ważnym zadaniem kary umownej jest bowiem m.in. zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej (prewencyjnej) kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela. W konsekwencji zastrzeżenie w umowie kary umownej nie zmienia obowiązków stron stosunku prawnego wskazanych w art. 354 k.c., według którego dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Zgodnie z § 2 art. 354 k.c. w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonywaniu zobowiązania wierzyciel. Przykładem naruszenia zobowiązań kontraktowych przez wierzyciela jest zwłoka wierzyciela definiowana w § 2 art. 486 k.c. (vide wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. akt I ACa 99/13). Z drugiej strony zastrzeżone kary miały niewątpliwie charakter represyjny, pełniąc funkcję sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację reguł odpowiedzialności kontraktowej w ten sposób, że wierzyciel wskazuje jedynie na sam fakt zastrzeżenia kary umownej i niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika, bez konieczności wykazywania wysokości poniesionej szkody. Karą umowną mogą zostać objęte zobowiązania niepieniężne o charakterze niemajątkowym, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie nie powoduje w ogóle powstania szkody majątkowej (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do uchwały z dnia 6 listopada 2003 roku, sygn. akt III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69).

Reasumując, Sąd uznał, że zastrzeżenie kar umownych w umowie łączącej strony było skuteczne.

Kolejną kwestią, która wymagała rozstrzygnięcia było ustalenie, czy ziściły się warunki określone w umowie, a uzasadniające naliczenie kar umownych.

Powód podniósł, iż w toku zainicjowanego przez pozwanego postępowania przed Prezesem (...), którego celem było dokonanie zmiany rezerwacji częstotliwości pozwany podejmował działania skutkujące wydłużeniem postępowania

administracyjnego w sprawie zmiany rezerwacji częstotliwości i w konsekwencji uniemożliwiającej realizację celu tejże umowy. Do działań tych powód zaliczył:

- 1) złożenie pisma z dnia 18 października 2013 r., w którym Polkomtel nie wyraził zgody na zaproponowane przez Prezesa (...) brzmienie sentencji decyzji zmieniającej rezerwację częstotliwości Polkomtel w zakresie objętym umową;
- 2) złożenie pisma z dnia 22 października 2013 r., w którym (...)zawnioskował o rozważenie przez Prezesa (...) zasadności zasięgnięcia opinii Prezesa (...)przed dokonaniem ewentualnej zmiany decyzji rezerwacyjnej;
- 3) złożenie pisma z dnia 23 października 2013 r., w którym (...)zawnioskował o ograniczenie przez Prezesa (...) osobom trzecim wglądu w treści pisma z dnia 22 października 2013 r., jak również z dnia 23 października 2013 r. z uwagi na niebezpieczeństwo ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (...);
- 4) złożenie wniosku z dnia 3 marca 2014 r. o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem decyzji Prezesa (...);
- 5) złożenie pisma z dnia 11 marca 2014 r., w którym (...)wyraził brak zgody na zmianę podmiotu dysponującego rezerwacją objętą wnioskiem oraz warunkowo cofnął wniosek o zmianę podmiotu dysponującego rezerwacją z dnia 29 sierpnia 2013 r.
- 6) złożenie pisma z dnia 14 kwietnia 2014 r., w którym (...)nie udzielił Prezesowi (...) odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie do udzielenia pisemnego stanowiska w sprawie, oraz wniósł do Prezesa (...) o przedłużenie wyznaczonego terminu do przedstawienia pisemnego stanowiska Pozwanego do dnia 15 maja 2014 r.;
- 7) złożenie pisma z dnia 13 czerwca 2014 r., którym (...)cofnął wniosek z dnia 29 sierpnia 2013 r. o wydanie przez Prezesa (...) decyzji o zmianie podmiotu uprawnionego do dysponowania Częstotliwościami Przenoszonymi z zakresu (...) MHz oraz (...)MHz, wniósł o uchylene Decyzji Prezesa (...) z dnia 28 lutego 2014 r. w całości oraz wniósł o umorzenie postępowania w sprawie.

W ocenie Sądu nie wszystkie wspomniane powyżej działania pozwanego można uznać za przypadek uzasadniający naliczenie kary umownej.

Z treści umowy łączącej strony, z jej pkt. 8 wynika, że strona może żądać od strony przyczyniającej się do działań lub zaniechań sprzecznych z przedmiotem i celem umowy określonym w pkt 3, zapłaty kary umownej w wysokości 3 000 000 zł za każdy przypadek, m.in. podjęcia przez stronę (lub podmiot z jej grupy kapitałowej) jakiegokolwiek czynności, której skutkiem mogłoby być opóźnienie wydania lub niewydanie przez Prezesa (...) decyzji zgodnej z przedmiotem i celem Umowy (pkt 8.1.3). Z kolei stosownie do punktu 8.1.4. umowy, roszczenie o karę umowną miało powstać również w przypadku podjęcia przez stronę (lub podmiot z jej grupy kapitałowej) czynności zmierzających do zaskarżenia, zmiany, uchylene, stwierdzenia wygaśnięcia lub stwierdzenia nieważności decyzji Prezesa (...), jak również do wznowienia postępowania w sprawie wydania tej decyzji.

Zdaniem Sądu Okręgowego należało stwierdzić, że jedynie wystąpienie przez pozwanego z pismem z dnia 22 października 2013 r. można uznać za podjęcie działań, których skutkiem było opóźnienie wydania decyzji przez Prezesa (...), a z kolei złożenie pism z dnia 3 marca 2014 r. i 13 czerwca 2014 r. było działaniem zmierzającym do zaskarżenia i uchylene decyzji Prezesa (...).

Pismem z dnia 22 października 2013 r. pozwany wniósł o rozważenie przez Prezesa (...) zasadności zasięgnięcia opinii Prezesa (...)przed dokonaniem ewentualnej zmiany decyzji rezerwacyjnej. W ocenie Sądu, rację ma powód, twierdząc, że złożenie tegoż pisma nie było konieczne, a niewątpliwie przyczyniło się do przedłużenia postępowania administracyjnego, albowiem organ administracyjny musiał się z nim zapoznać i rozważyć, czy zasięgnięcie opinii jest konieczne. Tymczasem wolą obu stron zawierających umowę było szybkie i sprawne zakończenie postępowania administracyjnego i uzyskanie stosownej decyzji Prezesa (...). Warto również podkreślić, że z uzasadnienia decyzji Prezesa (...) wynika, że nie konsultował swojej decyzji z Prezesem (...) a zatem konsultacja taka nie była wymagana

przez przepisy prawa, tym samym złożenie pisma z dnia 22 października 2013 r. przez pozwanego było zbędne i mogło wpłynąć na czas trwania postępowania administracyjnego.

Z kolei w piśmie z dnia 3 marca 2014 r. pozwany zawarł wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonania decyzji. Warto podkreślić, że wniosek ten został złożony po tym jak w dniu 28 lutego 2014 r. Prezes (...) wydał decyzję zmieniającą Rezerwację Częstotliwości Przenoszonych na (...) S.A. czyli Decyzję, której uzyskanie było objęte zgodnym zamiarem stron.

W tym stanie rzeczy złożenie przez pozwanego wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy niewątpliwie należy uznać za podjęcie przez pozwanego czynności zmierzającej do zaskarżenia, uchylecia, zmiany Decyzji, co z kolei zgodnie z postanowieniem pkt 8.1.4 umowy uprawniało powoda do naliczenia kary umownej. Tak samo należy ocenić złożenie w dniu 13 czerwca 2014 r. (k.96) pisma cofającego wniosek z dnia 29 sierpnia 2013 r. czyli wniosek o zmianę podmiotu uprawnionego do dysponowania Częstotliwościami Przenoszonymi. Skutkiem tego działania pozwanego było wydanie przez Prezesa (...) w dniu 22 lipca 2014 r. decyzji o uchyleniu zaskarżonej decyzji z dnia 28 lutego 2014 r. i umorzenie postępowania w sprawie (k.99 i nast.).

Powyższe działania pozwanego były sprzeczne z celem i przedmiotem umowy i doprowadziły do uchylenia korzystnej dla powoda decyzji Prezesa (...) i tym samym nie zrealizowania celu umowy, na czym stronom zależało, przynajmniej w chwili zawierania umowy.

Oceny działań pozwanego nie zmienia fakt, iż były one zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, że podejmując je pozwany korzystał z uprawnień strony postępowania administracyjnego. Jednakże w umowie z dnia 22 lipca 2013 r. pozwany zobowiązał się dobrowolnie do niepodejmowania działań, których skutkiem mogłoby być opóźnienie wydania lub niewydanie przez Prezesa (...) decyzji zgodnej z przedmiotem i celem umowy określonym w pkt 3 oraz wnioskiem, którego treść strony zgodnie ustaliły (pkt 4.4.1), a skoro tak to w toku postępowania administracyjnego zainicjowanego złożeniem wniosku o zmianę podmiotu uprawnionego do rezerwacji częstotliwości, pozwany powinien był powstrzymać się od wszelkich działań, nawet tych zgodnych z prawem, których skutkiem mogłoby być opóźnienie wydania decyzji, jej zaskarżenie lub uchylene.

Natomiast pozostałe działania pozwanego nie mogły być uznane za przypadki uzasadniające obciążanie pozwanego karą umowną na podstawie pkt 8 umowy.

Pismo z dnia 18 października 2013 r. Stanowiące odpowiedź pozwanego na propozycję Prezesa (...) dokonania zmian w decyzji rezerwacyjnej nie objętych wnioskiem, którego treść została przez strony zgodnie ustalona, nie może być uznane za podjęcie działań, których skutkiem byłoby opóźnienie wydania decyzji. W tym piśmie pozwany negatywnie odniósł się do propozycji Prezesa (...), sprzecznych ze wspólnie wypracowanym przez strony stanowiskiem. Trudno zatem uznać, aby samo udzielenie odpowiedzi przyczyniło się do opóźnienia wydania decyzji i było zawinione przez pozwanego. Wręcz przeciwnie udzielając odpowiedzi na propozycję Prezesa (...) pozwany działał w interesie obu stron umowy, albowiem wyraził sprzeciw wobec zmian, o które strony nie wnosiły w swoim wniosku o zmianę podmiotu uprawnionego.

Z kolei wystąpienie przez pozwanego z pismem z dnia 23 października 2013 r. było konsekwencją złożenia pisma z dnia 22 października 2013 r. i zdaniem Sądu oba pisma należało rozpatrywać jako jeden i ten sam przypadek naruszenia postanowienia umownego dotyczącego nie podejmowania działań mogących prowadzić do opóźnienia wydania decyzji. Otóż w piśmie z dnia 22 października 2013 r. pozwany wniósł o rozważenie przez Prezesa (...) zasadności zasięgnięcia opinii Prezesa (...) przed dokonaniem ewentualnej zmiany decyzji rezerwacyjnej. W piśmie sporządzonym dzień później pozwany poinformował, iż całość treści zawartych w piśmie z dnia 22/10/2013 r. a także z 23/10/2013 r. należy traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uokik i wniósł o ograniczenie osobom trzecim wglądu do wymienionych pism.

Pisma z dnia 11 marca i 14 kwietnia 2014 r. jako stanowiące odpowiedzi na zapytania Prezesa (...) nie mogą być uznane za odrębne przypadki naruszenia postanowień umownych, ale co najwyżej jako konsekwencje złożenia

przez pozwanego w dniu 3 marca 2014 r. wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy. Wspomniane pisma były bowiem odpowiedziami na zapytania Prezesa (...) skierowane do pozwanego w toku postępowania administracyjnego zainicjowanego złożeniem przez pozwanego wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy. Zatem, w ocenie Sądu, powód był uprawniony do naliczenia kary umownej za złożenie wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, ale nie za składanie przez pozwanego poszczególnych pism stanowiących odpowiedzi na wezwania organu administracji. O ile bowiem do składania wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy pozwany nie był zobowiązany, o tyle do udzielania odpowiedzi na wezwania organu administracyjnego już tak.

Resumując, Sąd uznał, że jedynie 3 zdarzenia mogą być uznane za uzasadniające obciążenie pozwanego karą umowną, o której mowa w pkt 8 umowy, a mianowicie:

- złożenie pisma o rozważenie zawiadomienia Prezesa (...)
- złożenie wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy
- złożenie oświadczenia o cofnięciu wniosku i umorzeniu postępowania w sprawie.

Zgodnie z postanowieniami umowy za każdy przypadek naruszenia przez pozwanego zobowiązań, o których mowa w pkt 8.1.3 i 8.1.4 powodowi należała się kara umowna w wysokości 3 000 000 zł (pkt 8.1), a zatem za 3 ww. przypadki naruszeń – w wysokości 9 000 000 zł.

O odsetkach Sąd orzekł w oparciu o przepis art. 476 k.c., zgodnie z którym dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela.

W przedmiotowej sprawie pozwany pozostawał w zwłoce od dnia, kiedy został wezwany przez powoda do zapłaty poszczególnych kar umownych. I tak w przypadku kary umownej związanej ze złożeniem pisma z dnia 22 października 2013 r. i wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy z dnia 3 marca 2014 roku, wezwanie do zapłaty doręczono pozwanemu w dniu 28 marca 2014 r. i określono termin płatności na 14 dni, a zatem w dniu 11 kwietnia 2014 r. pozwany powinien był spełnić świadczenie, skoro tego nie uczynił, to powodowi należały się odsetki od dnia 12 kwietnia 2014 r. Natomiast wezwanie do zapłaty kary umownej związanej ze złożeniem pisma zawierającego oświadczenie pozwanego o cofnięciu wniosku i o umorzenie postępowania w sprawie z dnia 13 czerwca 2014 roku, zostało doręczone pozwanemu w dniu 8 lipca 2014 r, również z 14 dniowym terminem zapłaty, a zatem pozwany pozostawał w zwłoce od dnia 23 lipca 2014 r.

Rozważając możliwość miarkowania wysokości kary umownej Sąd miał na względzie, iż umowa została zawarta pomiędzy dwoma równorzędnymi podmiotami, jej treść była wynikiem wzajemnych uzgodnień, celem uzyskanie decyzji rezerwacyjnej na rzecz powoda, zaś kary umowne miały zapewnić realizację tegoż celu.

Pozwany podnosił, iż powód nie może żądać skutecznie kary umownej, gdyż nie poniósł szkody, a zgodnie z przeważającym poglądem kara umowna stanowi odszkodowanie ryczałtowe, co zakłada konieczność wystąpienia szkody po stronie domagającej się zapłaty tejże kary.

Z powyższym poglądem Sąd się nie zgadza. Rzeczywiście w doktrynie i orzecznictwie od chwili obowiązywania kodeksu cywilnego istniały rozbieżności co do, tego czy szkoda jest przesłanką roszczenia o karę umowną. Spór został jednak rozstrzygnięty na skutek wydania przez Sąd Najwyższy w dniu 6 listopada 2003 r. uchwały 7 sędziów, której nadano moc zasady prawnej, w której Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalania dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (sygn. akt III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69, podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 grudnia 2007 roku, sygn. akt V CSK 333/07, OSNC 2009/2/30).

Pozwany uzasadniając swój wniosek wskazał, że dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej co do zasady w dwóch przypadkach, jeżeli zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części albo jeśli kara umowna jest rażąco

wygórowana. Zdaniem pozwanego kara umowna jest rażąco wygórowana, jeśli jest nieadekwatna, zwłaszcza gdy istnieje dysproporcja pomiędzy poniesioną szkodą a karą umowną zastrzeżoną w umowie. Kara umowna ma bowiem na celu naprawienie szkody wierzyciela, a nie wzbogacenie wierzyciela. Tymczasem w ocenie pozwanego powód nie poniósł żadnej szkody, chociażby dlatego, że nie uiszczył ceny wskazanej w umowie, a zatem nie doznał żadnego bezpośredniego uszczerbku. Nie stracił również żadnego dającego się wycenić uprawnienia związanego z tym co miało być przedmiotem umowy tj. przeniesieniem rezerwacji, albowiem do czasu wydania decyzji przez Prezesa (...) nie istnieje żadne uprawnienie publicznoprawne po stronie podmiotu, który ma „nabyć” pasmo częstotliwości. Ponadto pozwany podniósł, że rezerwacja częstotliwości obowiązywała do dnia 14 września 2014 r. i w takim samym terminie obowiązywałaby dla powoda i nie ma gwarancji, że wniosek o przedłużenie rezerwacji zostałby uwzględniony. Samo uzyskanie rezerwacji nie oznacza jeszcze pełnej swobody korzystania z pasma radiowego w zarezerwowanym zakresie. W praktyce korzystanie z pasma wymaga użycia określonych urządzeń, których wykorzystywanie w zarezerwowanym paśmie wymaga uzyskania pozwoleń radiowych. Zdaniem pozwanego wszystkie powyższe okoliczności świadczą o tym, że w przypadku niewykonania określonych w umowie zobowiązań powstają istotne trudności w określeniu szkody po stronie pozwanego.

Z ostatnią wypowiedzią pozwanego należy się zgodzić, a jednocześnie należy wywieść wniosek, że obie strony umowy były świadome trudności w ustaleniu wysokości ewentualnej szkody, dlatego też zawarły w umowie z dnia 22 lipca 2013 r. cały rozdział dotyczący kar umownych, w którym bardzo szczegółowo uregulowały kwestie związane z podstawami uzasadniającymi zapłatę kary umownej i jej wysokość.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że celem wprowadzenia do kodeksu cywilnego przepisów dotyczących kary umownej było uproszczenie postępowania dowodowego i przyspieszenie uzyskania odszkodowania, poprzez nałożenie na wierzyciela obowiązku wykazania niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Istotą kary umownej jest to, że strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego wierzycielowi odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika i odszkodowanie (kara umowna) kompensuje wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania.

Mając na względzie powyższe rozważania oraz fakt, że pozwany nie udowodnił wysokości szkody poniesionej przez powoda, a tym samym okoliczności, iż przewidziana w umowie łączącej strony kara umowna jest rażąco wygórowana, Sąd nie miał podstaw do obniżenia wysokości kary umownej w oparciu o przepis art. 484 § 2 k.c.

Mając na uwadze ustalony w sprawie stan faktyczny oraz obowiązujące regulacje prawne, Sąd nie znalazł również podstaw do oddalenia powództwa jako sprzecznego z zasadami współzycia społecznego, o co wnosił pozwany w odpowiedzi na pozew. Przede wszystkim możliwość powoływania się w sporach pomiędzy przedsiębiorcami na naruszenie art. 5 k.c. powinna być ograniczona do wyjątkowych przypadków.

W niniejszej sprawie, Sąd nie znalazł żadnych podstaw do uznania, że domaganie się przez powoda od pozwanego zapłaty kary umownej za naruszenie postanowień umowy jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Umowa została zawarta bowiem przez dwa równorzędne podmioty, w drodze negocjacji i niewątpliwie z uwzględnieniem przy ustalaniu podstaw żądania kary umownej i jej wysokości celu i przedmiotu umowy. W ocenie Sądu, nie można uznać domagania się przez powoda kary umownej w związku z naruszeniem przez pozwanego postanowień umownych za nadużycie prawa podmiotowego.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., zgodnie z którym w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty procesu będą stosunkowo rozdzielone. Podstawą do stosunkowego rozdzielenia kosztów, był stosunek w jakim każda ze stron wygrała i przegrała sprawę. Biorąc pod uwagę, iż powód dochodził zapłaty kwoty 21 000 000 zł, a Sąd uwzględnił powództwo co do kwoty 9 000 000 zł, należało uznać, że powód wygrał sprawę w 42 %, a zatem w takim procencie należał mu się zwrot kosztów procesu. Na koszty procesu poniesione przez powoda składały się następujące kwoty: 100 000 zł tytułem opłaty od pozwu, 7.200 zł tytułem wynagrodzenia dla pełnomocnika ustalonego w oparciu o § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności

radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2013.490 j.t.) oraz 17 zł tytułem opłaty od pełnomocnictwa, czyli razem 107 217 zł, z czego 42 % dało kwotę 45 031,14 zł. Z kolei pozwany wygrał sprawę w 58 %, a zatem należał mu się zwrot kwoty 4 185,86 zł (7.200 zł – wynagrodzenie pełnomocnika, 17 zł - opłata od pełnomocnictwa x 58 %).

Apelacje od tego wyroku wniosły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części, tj. w zakresie pkt 2, w którym Sąd Okręgowy oddalił powództwo, co do kwoty 12 000 000 zł zarzucając:

1) naruszenie prawa materialnego, a mianowicie przepisu artykułu 65 § 1 i 2 k.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. pomimo dokonania prawidłowej wykładni oświadczeń woli powoda i pozwanego, objętych treścią Umowy o przeniesienie praw do dysponowania częstotliwościami radiowymi z dnia 22 lipca 2013 roku, nieprawidłową subsumcją stanu faktycznego sprawy do tak ustalonej treści Umowy, w szczególności polegające na:

a) bezpodstawnym uznaniu, że złożenie przez pozwanego w postępowaniu przed Prezesem (...) pism z dnia: (i) 18 października 2013 r., (ii) 23 października 2013 r., (iii) 11 marca 2014 r. i (iv) 14 kwietnia 2014 r. nie spełniło przesłanek naliczenia kar umownych, pomimo tego, że dla skuteczności dochodzenia kar umownych wystarczające było wystąpienie choćby potencjalnej możliwości opóźnienia w wydaniu przez Prezesa (...) decyzji o zmianie podmiotu uprawnionego z rezerwacji Przenoszonych Częstotliwości, nie było natomiast wymagane rzeczywiste doprowadzenie przez pozwanego do opóźnienia wydania Decyzji lub też doprowadzenie do jej niewydania;

b) zakwalifikowaniu działań pozwanego polegających na złożeniu w postępowaniu przed Prezesem (...) pism, o których mowa w lit. a) powyżej, jako nienaruszające Umowy, wbrew ustalonym postanowieniom Umowy, w sposób sprzeczny nie tylko z jej literalnym brzmieniem, lecz także ze zgodnym zamiarem stron oraz celem Umowy;

2) naruszenie prawa procesowego, które miało wpływ na treść wyroku, a w szczególności artykułu 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz poprzez wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego, polegające na uznaniu, że działania pozwanego w postaci złożenia w postępowaniu przed Prezesem (...) pism z dnia: (i) 18 października 2013 roku, (ii) 23 października 2013 roku, (iii) 11 marca 2014 r. i (iv) 14 kwietnia 2014 r., nie spełniało przesłanek uprawniających powoda do naliczenia kary umownej, tj. nie mogło doprowadzić lub nie doprowadziło do opóźnienia w wydaniu Decyzji przez Prezesa (...) lub do wyeliminowania tej Decyzji z obrotu prawnego.

Przy tak określonych zarzutach powód wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie na rzecz powoda od pozwanego kwoty 21 000 000 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej za okresy wskazane w piśmie procesowym z dnia 20 lutego 2015 r. i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu za obydwie instancje według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika.

Pozwany zaskarżył wyrok w części, tj. w zakresie pkt 1 i pkt 3, tj. w zakresie uwzględniającym powództwo w części zasądzającej kwotę 9 000.000 zł wraz z należnymi odsetkami i w zakresie zasądzającym od pozwanego na rzecz powoda koszty postępowania zarzucając:

1) naruszenie art. 65 § 2 k.c. w zw. z art. 535 § 1 k.c. i art. 555 k.c. poprzez błędną wykładnię Umowy o przeniesienie praw do dysponowania częstotliwościami radiowymi z dnia 22 lipca 2013 r. prowadzącą do uznania, że Umowa jest nienazwaną umową cywilnoprawną ustalającą warunki przejścia rezerwacji częstotliwości na powoda oraz na pominięciu, że Umowa jest umową sprzedaży praw do dysponowania częstotliwościami radiowymi z zakresu (...) MHz i (...) MHz, bądź nawet inną umową nienazwaną, która według zamiaru stron miała wywołać skutek rozporządzający w zakresie przeniesienia na powoda praw do częstotliwości na mocy tej umowy, co w konsekwencji skutkowało pominięciem zarzutów nieważności Umowy;

2) naruszenie art. 387 § 1 k.c. oraz w art. 58 § 1 i 3 k.c. poprzez pominięcie, że świadczenie pozwanego przewidziane w Umowie, polegające na przeniesieniu częstotliwości w drodze umowy cywilnoprawnej na rzecz powoda było ab initio niemożliwe, jak również że Umowa była nieważna z uwagi na sprzeczność z ustawą przedmiotowo istotnego świadczenia strony pozwanej, polegającego na przeniesieniu w drodze czynności cywilnoprawnej rezerwacji częstotliwości na powoda, a tym samym poprzez pominięcie, że Umowa jest nieważna w całości;

3) naruszenie art. 122 i art. 122<sup>1</sup> p.t., a także art. 9 ust. 3 Dyrektywy Ramowej Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. WE L 108 z 24 kwietnia 2002 r.) poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że z art. 122 p.t. wynika możliwość „przeniesienia uprawnień wynikających z rezerwacji częstotliwości w oparciu o warunki ukształtowane przez strony (podmiot przekazujący i podmiot przejmujący) w drodze czynności cywilnoprawnej” (s. 12 wyroku), a także iż z art. 122<sup>1</sup> p.t. wynika możliwość „uczynienia rezerwacji częstotliwości przedmiotem ważnego zobowiązania cywilnoprawnego”, w sytuacji gdy przepisy te nie regulują jakichkolwiek przedmiotowo istotnych elementów umowy o przeniesienie rezerwacji częstotliwości;

4) naruszenie art. 89 k.c. i art. 94 k.c. w zw. z art. 122 ust. 1 p.t. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że wydanie decyzji Prezesa (...) o zmianie podmiotu uprawnionego do rezerwacji częstotliwości, było tzw. warunkiem prawnym (*conditio iuris*) skutków przewidzianych w Umowie, a nie warunkiem w rozumieniu art. 89 k.c., mimo iż decyzja Prezesa (...), o której mowa w art. 122 ust. 1 p.t. nie stanowi przesłanki skuteczności umowy o przeniesieniu częstotliwości, lecz samoistne i konstytutywne źródło powstania prawa o charakterze publicznoprawnym po stronie podmiotu, na rzecz którego rezerwacja częstotliwości zostaje przeniesiona, co w rezultacie doprowadziło do pominięcia, że uzależnienie skutków przeniesienia częstotliwości w Umowie od wydania przez Prezesa (...) Decyzji, o której mowa w art. 122 ust. 1 p.t. stanowiło warunek przeciwny ustawie, a przez to nieważny;

5) naruszenie art. 353 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez ich błędne zastosowanie, a w skutek tego pominięcie, że strony Umowy nie mogły umówić się o wynik postępowania administracyjnego ani zobowiązać się do świadczenia polegającego na określonych działaniach i zaniechaniach w postępowaniu administracyjnym, gdyż działania takie nie mieszają się w pojęciu „świadczenia”, które może być przedmiotem ważnego zobowiązania cywilnoprawnego, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego przypisania pozwanemu odpowiedzialności z tytułu naruszenia Umowy polegającego na podjęciu określonych działań w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa (...);

6) naruszenie art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353 k.c., art. 355<sup>1</sup> k.c. oraz z art. 483 § 1 k.c. poprzez jego niezastosowanie, a wskutek tego pominięcie, że zastrzeżenie przez strony kar umownych w pkt 8.1.3 i 8.1.4 Umowy miało na celu obejście ustawy, poprzez zastosowanie formalnie dopuszczalnej instytucji do zapewnienia niezgodnego z ustawą rezultatu w postaci zakazania pozwanemu dokonywania de facto jakichkolwiek czynności w postępowaniu administracyjnym, co sprzeciwia się istocie uprawnień strony w postępowaniu administracyjnym i co nie może być przedmiotem zobowiązań cywilnoprawnych;

7) naruszenie art. 483 § 1 k.c. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, będące skutkiem przyjęcia, że przepis ten nie ogranicza zakresu zobowiązań niepieniężnych, w odniesieniu do których możliwe jest zastrzeżenie kar umownych, a więc z pominięciem, że kary umowne nie można zastrzec na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, które nie podlega przymusowemu wykonaniu, co w konsekwencji doprowadziło do zasądzenia obowiązku zapłaty kar umownych w sytuacji, gdy kary umowne zostały zastrzeżone na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań, których obowiązkowi zaniechania nie można zasądzić;

8) naruszenie art. 471 k.c. w zw. z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów („uokik”) oraz art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”) w związku z art. 3 Rozporządzenia Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych i w art. 81 i 82 Traktatu („Rozporządzenie 1/2003”) poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji pominięcie, że współpraca powoda ze

spółką (...) S.A. z siedzibą w W. w zakresie współdzielenia częstotliwości, stwarzała zagrożenie dla konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, a utrzymanie w mocy Decyzji groziłoby pozwanemu wyrządzeniem szkody, co w rezultacie wyłącza cechę naruszenia przez pozwanego Umowy oraz zawinienia w zakresie złożenia przez pozwanego pism z 22 października 2013 r., 3 marca 2014 r. i 13 czerwca 2014 r. do Prezesa (...)

9) naruszenie art. 231 k.p.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych będących skutkiem dowolnej i błędnej oceny dowodów, a także będących skutkiem ustalenia okoliczności sprawy mimo braku dowodów na te okoliczności i przy nieprawidłowym zastosowaniu domniemań faktycznych, co polegało na:

a) przyjęciu, że złożenie przez powoda w postępowaniu administracyjnym przed Prezesem (...) pisma z dnia 22 października 2013 r. z wnioskiem o rozważenie przez Prezesa (...) zasadności zasięgnięcia opinii Prezesa (...), było zbędne gdyż skoro z uzasadnienia decyzji Prezesa (...) („Decyzja”) wynika, że nie konsultował on Decyzji z Prezesem (...), to znaczy, że „konsultacja taka nie była wymagana przez przepisy prawa, tym samym złożenie pisma z dnia 22 października 2013 r. przez pozwanego było zbędne”, w sytuacji, gdy z samego faktu braku konsultacji Decyzji z Prezesem (...) nie wynika, że nie była ona możliwa bądź wskazana, a z faktu, że Prezes (...) wszczął następnie postępowanie wyjaśniające w sprawie naruszenia przez operatorów telekomunikacyjnych zasad konkurencji wynika, że konsultacja ta była wskazana;

b) przyjęciu, że złożenie przez powoda w postępowaniu przed Prezesem (...) pisma z dnia 22 października 2013 r. „niewątpliwie przyczyniło się do przedłużenia postępowania administracyjnego, albowiem organ administracyjny musiał się z nim zapoznać i rozważyć, czy zasięgnięcie opinii jest konieczne”, w sytuacji, gdy z faktu, że w decyzji Prezesa (...) brak jest wzmianki o konsultacji z Prezesem (...) wynikają wnioski przeciwne, tj. że Prezes (...) nie dokonywał tej konsultacji, a zatem wniosek o „niewątpliwym” przyczynieniu się do przedłużenia postępowania administracyjnego jest nieuprawniony oraz w sytuacji, gdy z innych dowodów w sprawie wynika, że złożenie pisma z dnia 22 października 2013 r. nie mogło mieć wpływu na opóźnienie w wydaniu Decyzji;

c) przyjęciu, że złożenie przez powoda w postępowaniu administracyjnym przed Prezesem (...) pism z 3 marca 2014 r. oraz z 13 czerwca 2014 r. stanowiło naruszenie Umowy, w sytuacji, gdy pozwany wykonał zawarte w Umowie zobowiązanie do złożenia w odpowiednim terminie uzgodnionego z (...) sp. z o.o. (poprzednikiem prawnym powoda - (...)) wniosku o zmianę rezerwacji częstotliwości na rzecz(...)i w rezultacie wykonał ciężące na nim zobowiązanie;

d) przyjęciu, że złożenie przez powoda w postępowaniu administracyjnym przed Prezesem (...) pism z 3 marca 2014 r. oraz z 13 czerwca 2014 r. stanowiło naruszenie Umowy, w sytuacji, gdy Decyzja była nieważna i tym samym nie spełniała ona kryteriów „Decyzji”, o której mowa w Umowie oraz nie mogła zostać zaaprobowana przez którąkolwiek ze stron;

e) pominięciu, że pozwanemu nie można przypisać winy z tytułu działań podjętych w celu ochrony przed grożącą mu szkodą spowodowaną: (i) zagrożeniem stanu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym spowodowanym, zatajonym przez stronę Umowy - (...), w chwili jej zawierania, zamiarem przejęcia przez (...) S.A. i połączenia z (...) S.A., (ii) istnieniem pomiędzy powodem a (...) S.A. porozumienia monopolistycznego, które po przeniesieniu częstotliwości na rzecz powoda mogło spowodować zakłócenie stanu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz pokrzywdzenie pozwanego; oraz (iii) nieprzewidzianym w Umowie wystąpieniem przez powoda o nadanie decyzji Prezesa (...) rygoru natychmiastowej wymagalności i nadaniem tego rygoru,

10) naruszenie art. 484 § 1 i § 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie polegające na odmowie miarkowania zasądzonych kar umownych mimo, iż zasądzone kary umowne są w tej sprawie rażąco wygórowane;

11) naruszenie art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie, mimo że dochodzenie tego roszczenia przez powoda stanowiło nadużycie prawa z uwagi na to, że celem roszczenia było wyłącznie wzbogacenie się kosztem pozwanego.

Na podstawie art. 380 k.p.c. pozwany zaskarżył także postanowienie Sądu pierwszej instancji wydane na rozprawie w dniu 24 lipca 2015 r. o oddaleniu wniosku pozwanego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka T. M.,



zawartego w odpowiedzi na pozew z dnia 13 stycznia 2015 r., zarzucając Sądowi naruszenie art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie dowodu istotnego dla wyjaśnienia okoliczności istotnych dla wyjaśnienia sprawy, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż pozbawiło Sąd możliwości prawidłowej oceny, czy złożenie wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonalności decyzji, z dnia 3 marca 2014 r., stanowiło naruszenie Umowy, bowiem zeznania zgłoszonego świadka miały służyć wykazaniu, że nadanie decyzji Prezesa (...) rygoru natychmiastowej wykonalności wiązało się dla pozwanego z koniecznością poniesienia istotnych wydatków związanych m.in. z przestrojeniem nadajników w paśmie przygranicznym RP - które to uchybienie zostało wytknięte Sądowi Okręgowemu w zastrzeżeniu złożonym na podstawie art. 162 k.p.c. na rozprawie w dniu 24 lipca 2015 r.

Pozwany wnosił też o dopuszczenie i przeprowadzenie nowych dowodów, których złożenie na obecnym etapie stało się konieczne z uwagi na uzasadnienie zaskarżonego wyroku, tj.: (i) przeprowadzenie na podstawie art. 308 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 245 k.p.c. dowodu z wydruku komunikatu prasowego Prezesa (...) ze strony internetowej (...); jak również (ii) przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci pisma Prezesa (...) do pozwanego z dnia 11 kwietnia 2014 r. - na okoliczność: wszczęcia przez Prezesa (...) postępowania wyjaśniającego dotyczącego ustalenia, czy w związku z działalnością przedsiębiorców telekomunikacyjnych obejmującą współpracę w zakresie udostępniania, łączenia lub współdzielenia częstotliwości, infrastruktury telekomunikacyjnej lub zasobów częstotliwości mogło nastąpić naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym na okoliczność zasadności konsultacji Prezesa (...) z Prezesem (...) przed wydaniem Decyzji oraz istnienia uzasadnionych wątpliwości co do zgodności z prawem porozumienia między powodem a (...) S.A. w sprawie współdzielenia częstotliwości, a w konsekwencji na okoliczność braku winy pozwanego w złożeniu przez pozwanego pisma z dnia 22 października 2013 r., 3 marca 2014 r. oraz 13 czerwca 2014 r.

Przy tak określonych zarzutach pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie zaskarżenia poprzez oddalenie powództwa w całości (tj. przez oddalenie powództwa również w zakresie kwoty 9 000 000 zł wraz z należnymi odsetkami ustawowymi zasądzonej w pierwszej instancji), oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego w całości kosztów zastępstwa procesowego w pierwszej instancji według norm przepisanych oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w tymże postępowaniu według norm przepisanych ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wraz z pozostawieniem Sądowi pierwszej instancji orzeczenia w przedmiocie kosztów postępowania apelacyjnego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego obie apelacje są bezzasadne.

Bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 231 k.p.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez poczynienie błędnych ustaleń faktycznych będących skutkiem dowolnej i błędnej oceny dowodów, a także będących skutkiem ustalenia okoliczności sprawy mimo braku dowodów na te okoliczności i przy nieprawidłowym zastosowaniu domniemań faktycznych, które doprowadziły do ustalenia, że zaistniały przesłanki do naliczenia kar umownych.

Również bezzasadny jest podniesiony przez powoda zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz poprzez wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego co z kolei doprowadziło do oddalenia powództwa co do części żądania w zakresie kar umownych.

Jeśli chodzi o naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., to wymaga podkreślenia, że przepis ten określa zasady oceny dowodów. Jak przyjmuje się w judykaturze do jego naruszenia może dojść wówczas, gdyby zostanie wykazane uchybienie podstawowym kryteriom oceny mocy dowodowej czy też wiarygodności dowodów, np. zasadom doświadczenia życiowego, źródłom wiedzy, regułom poprawności logicznej, właściwemu kojarzeniu faktów, prawdopodobieństwu przedstawionej wersji (por. m. in. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2005 r., sygn. III CK 314/05, Lex nr 172176). Zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału czy też pominięcie przy wyrokowaniu określonej okoliczności faktycznej, nawet jeżeli strona uważa ją za okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia sprawy nie wyczerpuje zatem istoty przepisu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2003

r., II CK 293/02, Lex nr 151622). Uchybienia w tym zakresie powinny się skonkretyzować w zarzucie sprzeczności ustaleń faktycznych z materiałem dowodowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2014r., II CSK 727/13, Lex nr1537557). Dla postawienia zatem skutecznego zarzutu nie wystarcza przedstawienie własnej wersji zdarzeń czy poprzestanie na stwierdzeniu wadliwości podstawy faktycznej ustalonej przez sąd, lecz konieczne jest wskazanie przyczyn, które dyskwalifikują postępowanie sądu w zakresie ustaleń, oznaczenia jakie kryteria oceny naruszył sąd, a nadto wyjaśnienia dlaczego zarzucane uchybienie mogło mieć wpływ na ostateczne rozstrzygnięcie (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, Lex nr 52753 czy wyrok z dnia 6 lipca 2005 r., III CK 3/05, Lex nr 180925).

Wbrew twierdzeniom stron ustalenia Sądu Okręgowego są prawidłowe, dokonane po wszechstronnej analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, pozbawione są one cech dowolności. Właściwie stan faktyczny ustalony w sprawie na podstawie dokumentów urzędowych i prywatnych i był między stronami bezsporny.

W zakresie zarzutów pozwanego to trafnie wbrew jego stanowisku wskazał Sąd Okręgowy, iż trzy z powołanych przez powoda zdarzeń może stanowić podstawę do naliczenia kar umownych. Jedynie wystąpienie przez pozwanego z pismem z dnia 22 października 2013 r. można uznać za podjęcie działań, których skutkiem było opóźnienie wydania decyzji przez Prezesa (...), natomiast złożenie pism z dnia 3 marca 2014 r. i 13 czerwca 2014 r. było działaniem zmierzającym do zaskarżenia i uchylecia decyzji Prezesa (...).

Pismem z dnia 22 października 2013 r. pozwany wniósł o rozważenie przez Prezesa (...) zasadności zasięgnięcia opinii Prezesa (...) przed dokonaniem ewentualnej zamiany decyzji rezerwacyjnej. Rzeczywiście złożenie tegoż pisma nie było konieczne, a niewątpliwie przyczyniło się do przedłużenia postępowania administracyjnego, albowiem organ administracyjny musiał się z nim zapoznać i rozważyć, czy zasięgnięcie opinii jest konieczne. Należy zauważyć, iż Prezes (...) w przypadku wydawania decyzji w przedmiocie rezerwacji częstotliwości z urzędu bada czy nie spowoduje to zachwiania konkurencji na rynku podmiotów zarządzających częstotliwościami i czy zachodzi podstawa prawna do konsultacji z Prezesem(...). W świetle treści art. 122 ust.5 p.t. konsultacja taka była wymagana w przypadku zmiany rezerwacji na rzecz nowego podmiotu dokonaną w drodze przetargu, aukcji lub konkursu, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Pozwany będąc przedsiębiorcą telekomunikacyjnym o przedmiotowym zapisie musiał lub powinien był wiedzieć. Poza tym nie sposób uznać za wiarygodne, że pozwany zawierając umowę rezerwacyjną nie zbadał, czy nie da ona podmiotowi konkurencyjnemu przewagi konkurencyjnej i nie doprowadzi do nadmiernej kumulacji częstotliwości, tym bardziej, iż okoliczności na które sam się powołuje dotyczące fuzji pewnych podmiotów były znane wcześniej, a sam był uczestnikiem jednej z największych na rynku koncentracji ze spółką z grupy (...). Należy również podkreślić, że z uzasadnienia decyzji Prezesa (...) wynika, że nie konsultował swojej decyzji z Prezesem UOKiK, a zatem konsultacja taka w świetle poczynionych przez Prezesa ustaleń nie była wymagana przez przepisy prawa, tym samym złożenie pisma z dnia 22 października 2013 r. przez pozwanego było zbędne i mogło wpłynąć na czas trwania postępowania administracyjnego. Dlatego też Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, który oddalił wnioski pozwanego zgłoszone na wskazane obok okoliczności i oddalił też dowody zawnioskowane na etapie postępowania apelacyjnego, jako niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Pismem z 3 marca 2014 r. pozwany złożył wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy po tym jak już została wydana decyzja zmieniając rezerwację częstotliwości na (...) S.A. Motywacją tego wniosku było wydanie decyzji na rzecz (...) S.A., nie zaś na pierwotny podmiot wskazany we wniosku, to jest (...). Trafnie wskazał Sąd Okręgowy, iż pismo to odpowiadało działaniu określonemu w punkcie 4.4.2 umowy, co też uprawniało powoda do naliczenia stosownie do treści punktu 8.1.4. umowy kary umownej. Należy wskazać, iż Decyzja z 28 lutego 2014 r. spełniała definicję decyzji zawartej w umowie. Brak było podstaw do podważania lub kwestionowania tej decyzji dlatego, że został w niej wskazany następca prawny podmiotu na rzecz, którego nastąpiła rezerwacja częstotliwości. Nie budziło wątpliwości następstwo prawne O. Polska po(...) i pozwany tego następstwa nie kwestionował. Nastąpiło też następstwo prawne w prawie administracyjnym (art.30 § 3 k.p.a. na płaszczyznach prawa ustrojowego, procesowego i materialnego i zostało ono uwzględnione przez Prezesa (...), który w decyzji wskazał prawidłowo uwzględnił następstwo podmiot uprawiony. Skutki prawne w sferze prawa administracyjnego, ale też i cywilnego dotyczące (...)odnosiły się do jego

następcy prawnego, czyli (...) S.A. Brak było zatem jakichkolwiek przesłanek faktycznych i prawnych do wzruszenia prawidłowej decyzji z 28 lutego 2014 r.

Trafna jest też ocena Sądu Okręgowego w części odnoszącej się do pisma pozwanego z dnia 13 czerwca 2014 r., którym w istocie doprowadził do zniweczenia skutków zawartej między stronami umowy. Na wniosek bowiem pozwanego Prezes (...) w dniu 22 lipca 2014 r. wydał decyzje o uchyleniu decyzji z dnia 28 lutego 2014 r. i umorzeniu postępowania w sprawie. Niewątpliwie pismo to wypełnia znamiona działania określonego w 4.4.2 umowy.

Nie można też się zgodzić z argumentami pozwanego, że przy określaniu wysokości kary umownej należało jej wysokość miarkować z uwagi na to, iż ciężar gatunkowy poszczególnych deliktów określonych w umowie był różny. Strony zastrzegając kary umowne nie określały ciężaru gatunkowego zdarzeń prowadzących do ich zastosowania wskazując tylko kryteria według , których działanie jednej ze stron mogłoby uniemożliwić osiągnięcie celu umowy. Nie można też podzielić poglądu pozwanego, że delikty o większym ciężarze gatunkowym niejako konsumowały te o mniejszym ciężarze. Trzeba wskazać, że miarkowanie wysokości kar umownych zależy od uznania sądu, rolą jednak strony jest wykazanie przez stronę postulującą konieczności miarkowania. Przy ocenie żądania miarkowania kar umownych Sąd Okręgowy trafnie zauważył, że obie strony miały świadomość wszelkich konsekwencji ich zastrzeżenia, albowiem w umowie z dnia 22 lipca 2013 r. cały rozdział dotyczący kar umownych, w którym bardzo szczegółowo uregulowały kwestie związane z podstawami uzasadniającymi zapłatę kary umownej i jej wysokość. Przy ocenie wysokości kar umownych na uwadze należy mieć wysokość ustalonej przez strony ceny za rezerwację częstotliwości przez co można domniemać, iż powód spodziewał się z tytułu uzyskania tego praw korzyści przekraczających cenę nabycia. Nie można pominąć też tego aspektu, iż umowa była zawierana przez największych uczestników rynku telekomunikacyjnego dobrze znających procedury związane z przyznawaniem częstotliwości, uwarunkowania techniczne, a także wartość, jaką za sobą niesie korzystanie z rezerwacji częstotliwości na określonym obszarze, przez co nie można uznać ani ceny za tę rezerwację, ani też wysokości kar umownych oderwanych od realiów tego rynku. Przez należało oddalić wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka T. M. na okoliczność niekorzystnych skutków finansowych dla pozwanego wynikających z konieczności przestrojenia odbiorników w związku z nadaniem Decyzji Prezesa (...) rygoru natychmiastowej wykonalności. Pozwany godząc się na zmianę podmiotu uprawnionego do rezerwacji częstotliwości musiał mieć świadomość trybu postępowania administracyjnego przez Prezesem (...) i konsekwencje techniczne związane ze zmianą operatora telekomunikacyjnego. Należy przy tym zgodzić się z Sądem Okręgowym, że celem wprowadzenia do kodeksu cywilnego przepisów dotyczących kary umownej było uproszczenie postępowania dowodowego i przyspieszenie uzyskania odszkodowania, poprzez nałożenie na wierzyciela obowiązku wykazania niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Istotą kary umownej jest to, że strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego wierzycielowi odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika i kara umowna kompensuje wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania. Trafna była zatem ocena Sądu pierwszej instancji, że pozwany nie udowodnił wysokości szkody poniesionej przez powoda, a tym samym okoliczności, iż przewidziana w umowie łączącej strony kara umowna jest rażąco wygórowana, zatem Sąd nie miał podstaw do obniżenia wysokości kary umownej w oparciu o przepis art. 484 § 2 k.c.

Wolą obu stron i celem umowy było szybkie i sprawne zakończenie postępowania administracyjnego i uzyskanie stosownej decyzji Prezesa (...).

Badając cel umowy nie można zapominać o treści art.116 p.t. zgodnie, z którym dla uzyskania kolejnej decyzji rezerwacyjnej na kolejny okres konieczne było złożenie do Prezesa (...) stosownego wniosku nie wcześniej niż 12 miesięcy przed upływem okresu wykorzystywania częstotliwości, a więc 13 września 2013 r. i nie później niż 6 miesięcy przed upływem tego okresu (13 marca 2014 r.). Celem umowy było zatem nie tylko dokonanie zmiany podmiotu uprawnionego z rezerwacji częstotliwości i umożliwienie z niezakłóconego korzystania z takiego uprawnienia, ale też współdziałanie stron celem uzyskania przez Centertel na kolejny okres rezerwacyjny (pkt 3.2.2 umowy). Było to możliwe jedynie wówczas gdyby do zmiany podmiotu uprawnionego z rezerwacji doszło najpóźniej przed 13 marca 2014 r., tak aby mógł on przedłużyć rezerwację częstotliwości na kolejny okres. Samo uzyskanie rezerwacji już po

tym terminie nie przedstawiało dla C. szczególnej wartości, albowiem realnie korzystałby on za pełną cenę uiszczoną na rzecz Polkomtela z rezerwacji zaledwie kilka miesięcy bez możliwości jej przedłużenia na kolejny okres i było dla niego nieopłacalne. W tym kontekście zastrzeżenie obiektywnie wysokich kar umownych za – mogłoby się wydawać – uchybienia o niewielkim ciężarze gatunkowym było jak najbardziej uzasadnione bo w istocie niweczyło cel umowy i w tym kontekście brak jakichkolwiek podstaw do obniżenia tychże kar.

Dlatego każda czynność (pismo) podejmowana przez (...)w trakcie postępowania administracyjnego miała istotne znaczenie bo wpływała na przedłużenie tego postępowania. Prezes (...) musiał się z nim zapoznać i podjąć decyzję co do dalszego nadania mu biegu, w tym wydać stosowne orzeczenie w postępowaniu administracyjnym. Trafnie zatem zauważa powód, iż pozwany już po złożeniu wniosku podejmował czynności, które zmierzały do opóźnienia i spowodowania wydania decyzji.

Z powyższych względów za bezzasadne należało uznać zarzuty pozwanego dotyczące

ruszenie art. 471 k.c. w zw. z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w związku z art. 3 Rozporządzenia Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji pominięcie, że współpraca powoda stanowiła zagrożenie dla konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, a utrzymanie w mocy decyzji groziłoby pozwanemu wyrządzeniem szkody, co w rezultacie ekskulpuje działania pozwanego. Brak podstaw do przyjęcia, aby stanowiące do naliczenia kar umownych działania powoda w jakikolwiek sposób były usprawiedliwione chęcią zachowania równowagi konkurencyjnej na rynku usług telekomunikacyjnych.

W zakresie apelacji powoda to nie można zgodzić się z jego stanowiskiem, że do zdarzeń uzasadniających naliczenie kar umownych należało zakwalifikować pismo z 18 października 2013 r., które stanowiło odpowiedź na wcześniejsze zapytanie Prezesa (...) o treść decyzji rezerwacyjnej. Pozwany nie mógł nie odpowiedzieć na to pismo, a nawet brak odpowiedzi nie wpłynęłoby istotnie na długość postępowania albowiem Prezes (...) bez inicjatywy stron w tym zakresie podjął wątpliwości co do treści decyzji rezerwacyjnej i musiał tę kwestię doprowadzić do końca niezależnie od stanowisk stron. Nie można też pozwanemu czynić zarzutu, że odniósł się do treści tego pisma skoro dotyczyło ono wprost treści umowy rezerwacyjnej, która w istocie według propozycji Prezesa (...) miała być inna niż to strony uzgodniły w swojej umowie.

Prawidłowa jest też analiza Sądu Okręgowego, co do pisma pozwanego z 23 października 2013 r., które w istocie stanowiło uzupełnienie pisma z 22 października 2013 r. W piśmie tym pozwany zawniósł o ograniczenie osobom trzecim wglądu w treści pism z 22 i 23 października 2013 r. z uwagi na niebezpieczeństwo ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (...) i z tego tytułu nie można pozwanemu czynić żadnego zarzutu w świetle postanowień umowy zawartej między stronami. Pozwany realizował swoje prawo podmiotowe do ochrony istotnych z jego punktu widzenia interesów przedsiębiorstwa. Wniosek ten mógł być zgłoszony już w piśmie z 22 października 2013 r. i zgłoszenie go dzień później nie miało żadnego wpływu na przedłużenie postępowania. Rozpoznanie tego wniosku mogło nastąpić równoległe z rozpoznaniem wniosku z 22 października 2013 r.

W zakresie zaś pism pozwanego z 11 marca 2014 r. i 14 kwietnia 2014 r. to trafnie Sąd pierwszej instancji wskazał, że były one konsekwencją złożonego wcześniej wniosku z 3 marca 2014 r., były jego merytoryczną kontynuacją i stanowiły odpowiedź na pisma Prezesa (...), nie miały w istocie wpływu ani na przedłużenie postępowania, nie były one pismami, które inicjowałyby postępowanie zmierzające do zaskarżenia, uchylenia, zmiany, stwierdzenia wygaśnięcia lub nieważności decyzji Prezesa (...). Brak tych pism w żaden sposób nie wpłynąłby na trwałość decyzji z 28 lutego 2014 r. Zatem za bezzasadny należało też uznać zarzut powoda naruszenia prawa materialnego, a mianowicie art.65 § 1 i 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w kontekście spełnienia przesłanek do naliczenia kar umownych. Sąd Okręgowy w tym zakresie dokonał wnikliwej analizy oświadczeń stron w zakresie przesłanek do naliczenia kar umownych. Trafnie Sąd Okręgowy badał poszczególne czynności pozwanego pod kątem ich realnego wpływu na możliwości opóźnienia w wydaniu przez Prezesa (...) bądź też jej niewydania i słusznie uznał, że podstawą do

zastosowania kar umownych nie mogą być jakiegokolwiek zachowania pozwanego lecz te, które miały negatywny wpływ na osiągnięcie celu umowy.

Bezzasadny jest najdalej idący zarzut apelacji dotyczący nieważności umowy o przeniesienie rezerwacji, to jest naruszenie prawa materialnego - art. 65 § 2 k.c. w zw. z art. 535 § 1 k.c. i art. 555 k.c. oraz art. 387 § 1 k.c. oraz w art. 58 § 1 i 3 k.c.

Trafnie Sąd Okręgowy przyjął, że zawarta między stronami umowa jest umową nienazwaną i w żaden sposób z jej treści nie można wywieść, aby to tylko na jej podstawie doszło do rozporządzenia częstotliwościami z pominięciem Prezesa (...). Umowa umożliwiła O. wstąpienie jako strona do postępowania administracyjnego i ubieganie się o rezerwację na jej rzecz częstotliwości. Tego rodzaju następstwo wynika z treści art. 122 teże ustawy. Z przepisu tego wynika, że dla osiągnięcia skutku prawnego w postaci przeniesienia częstotliwości wymagana jest decyzja administracyjna wydawana przez Prezesa (...), co z kolei powoduje konieczność wszczęcia postępowania administracyjnego przez podmiot zainteresowany przeniesieniem częstotliwości na rzecz innego podmiotu. Zatem przed wszczęciem postępowania administracyjnego w przedmiocie zmianą podmiotu uprawnionego do dysponowania częstotliwościami muszą dojść one do porozumienia, na podstawie którego podmiot dysponujący rezerwacją zechce umożliwić nabycie tych uprawnień z tego tytułu na inny podmiot wskazując go w trybie art.122 p.t., jako nowy podmiot uprawniony, a po wyrażeniu przez niego zgody uruchamiana jest procedura przez Prezesem (...) w przedmiocie zmiany podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości. Przez porozumienie zawarte pomiędzy tymi stronami w żaden sposób jeszcze nie dochodzi do zmiany podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości, taka zmiana następuje dopiero na skutek decyzji Prezesa URE. Zatem w żaden sposób umowa między stronami nie zastępuje decyzji administracyjnej bezpośrednio prowadzącej do zmiany podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości. Decyzja administracyjna stanowi *conditio iuris* realizacji umowy cywilnoprawnej. Samo zawarcie tej umowy nie prowadzi do przeniesienia częstotliwości, zaś Prezes (...) nie wyda stosownej decyzji o zmianie podmiotu bez inicjatywy umawiających się stron. Z treści zawartej przez strony umowy wynika, iż obie spółki, jako profesjonalni gracze na rynku usług telekomunikacyjnych mieli świadomość takiej zależności. Dopuszczalność zawarcia umowy cywilnoprawnej w przedmiocie wskazania nowego podmiotu uprawnionego wynika wprost z treści art.122 p.t., gdyby taką możliwość wykluczyć to przepis ten stałby się przepisem martwym. Nowy podmiot ubiegający się w trybie art.122 p.t. o rezerwację częstotliwości podmiot nie miałby takiej możliwości bez wskazania go przez podmiot dotychczas uprawniony, aby to nastąpiło musi dojść między nimi do porozumienia. Należy przy tym mieć na uwadze, iż uprawnienie do korzystania z częstotliwości ma charakter reglamentowany i przedstawia realną wartość majątkową. Na dopuszczalność zawarcia umowy dotyczącej zmiany podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości wskazuje też art. 122<sup>1</sup> ust. 1 p.t., który stanowi, że podmiot dysponujący rezerwacją częstotliwości może częstotliwości objęte rezerwacją wydzierżawić lub przekazać do użytkowania na podstawie innego tytułu prawnego na rzecz innego podmiotu. Sąd Apelacyjny podziela cytowane przez Sąd pierwszej instancji podglądy doktryny, że sama czynność pomiędzy podmiotami przenoszącymi uprawnienia w zakresie rezerwacji częstotliwości, ma ściśle cywilnoprawny charakter i pozostaje poza przepisami prawa telekomunikacyjnego (vide M. Rogalski, Komentarz do art. 122 ustawy - Prawo telekomunikacyjne, LEX 2010, nr 8408; A.J. Krasuski, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. III, LexisNexis 2010, nr 9881).

Trafnie wskazuje również powód, iż możliwość taka wynika bezpośrednio z brzmienia art. 9 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Ramowej 2002/21/WE z dnia 07 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. WE L 108 z 24.04.2002), zgodnie z którym Państwa Członkowskie mogą przyjąć przepisy umożliwiające przedsiębiorstwom przekazanie praw do użytkowania częstotliwości innym przedsiębiorstwom. Także kolejna Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (2009/14WE) zmieniająca między innymi Dyrektywę Ramową wprowadza dalsze uelastycznienie przekazywania i dzierżawienia praw do użytkowania częstotliwości określając je jako obrót obowiązującymi prawami do użytkowania widma radiowego (art.40 preambuły). Wszystko to potwierdza, że możliwe jest przeniesienie uprawnień z rezerwacji częstotliwości w drodze umowy cywilnoprawnej, która jest skuteczna przy spełnieniu warunku prawnego uzyskania w tym przedmiocie decyzji Prezesa (...). Nie zmienia to jednak faktu, że to decyzja administracyjna kreuje skutek w

postaci powstania uprawnień po stronie nowego podmiotu i wygaśnięcie tych uprawnień po stronie dotychczasowego. Zatem możliwa jest umowa o przeniesienie praw do dysponowania częstotliwościami, bądź też inaczej uprawnień z rezerwacji częstotliwości. Taki też był cel umowy i zgodny zamiar stron wyrażony poprzez złożone oświadczenia – nabycie tych uprawnień przez (...) Centertel pod warunkiem prawnym w postaci uzyskania pozytywnej decyzji Prezesa (...).

Nadto, o możliwości uczynienia rezerwacji częstotliwości przedmiotem ważnego zobowiązania cywilnoprawnego, przesądza także art. 122<sup>1</sup> ust. 1 p.t., który stanowi, że podmiot dysponujący rezerwacją częstotliwości może częstotliwości objęte rezerwacją wydzierżawić lub przekazać do użytkowania na podstawie innego tytułu prawnego na rzecz innego podmiotu. Wobec powyższego – w ocenie Sądu – nie ma żadnych przeciwwskazań, aby podmioty, między którymi ma dojść do przeniesienia uprawnień w zakresie rezerwacji częstotliwości ustaliły w drodze nienazwanej umowy cywilnoprawnej warunki przedmiotowego przejścia, m.in. w zakresie wysokości, przesłanek i sposobu zapłaty ceny, a także sankcji przysługujących względem strony, która nie wykona bądź nienależycie wykona zobowiązania przewidzianego umową – co w rzeczonyj umowie przybrało postać kar umownych. Oczywistym jest jednak, że zawarcie takiej umowy nie prowadzi do przeniesienia uprawnień w zakresie rezerwacji częstotliwości, bowiem – jak wskazano to wyżej – dla osiągnięcia skutku prawnego w postaci przeniesienia częstotliwości wymagana jest jednak decyzja administracyjna. Strony zamierzające dokonać transakcji przeniesienia częstotliwości muszą wcześniej zgłosić ten fakt Prezesowi (...), który wydaje w tej kwestii stosowaną decyzję. Tym samym też nie można podzielić zarzutów pozwanego, że była to umowa sprzedaży i to sprzedaży prawa niezbywalnego podlegającemu przeniesieniu wyłącznie w drodze decyzji administracyjnej, albowiem możliwość zmiany podmiotu któremu ma być przyznana rezerwaacja częstotliwości wynika wprost z powołanych wyżej przepisów prawa telekomunikacyjnego i Dyrektyw Parlamentu Europejskiego.

Wobec powyższego, brak było podstaw do stwierdzenia nieważności umowy z dnia 22 lipca 2013 r., w związku z tym zarzut pozwanego w tym względzie Sąd Okręgowy uznał za bezzasadny. Zatem za bezzasadne uznać należy również zarzuty naruszenia art. 122 i art. 122<sup>1</sup> p.t., a także art. 9 ust. 3 Dyrektywy Ramowej Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2002/21/WE z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. WE L 108 z 24 kwietnia 2002 r.) poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że z art. 122 p.t. wynika możliwość „przeniesienia uprawnień wynikających z rezerwacji częstotliwości w oparciu o warunki ukształtowane przez strony (podmiot przekazujący i podmiot przejmujący) w drodze czynności cywilnoprawnej”, a także iż z art. 122<sup>1</sup> p.t. wynika możliwość „uczynienia rezerwacji częstotliwości przedmiotem ważnego zobowiązania cywilnoprawnego”, albowiem jak wyżej wskazano możliwa jest zmiana uprawnionego do dysponowania częstotliwościami, a przez to zawarcie przez strony umowy umożliwiającej zamianę.

Bezzasadne są też zarzuty pozwanego dotyczące naruszenia art. 89 k.c. i art. 94 k.c. w zw. z art. 122 ust. 1 p.t. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że wydanie decyzji Prezesa (...) o zmianie podmiotu uprawnionego do rezerwacji częstotliwości, było tzw. warunkiem prawnym (*conditio iuris*) skutków przewidzianych w Umowie, a nie warunkiem w rozumieniu art. 89 k.c., mimo iż decyzja Prezesa (...), o której mowa w art. 122 ust. 1 p.t. nie stanowi przesłanki skuteczności umowy o przeniesieniu częstotliwości, lecz samoistne i konstytutywne źródło powstania prawa o charakterze publicznoprawnym po stronie podmiotu, na rzecz którego rezerwaacja częstotliwości zostaje przeniesiona, co w rezultacie doprowadziło do pominięcia, że uzależnienie skutków przeniesienia częstotliwości w Umowie od wydania przez Prezesa (...) decyzji, o której mowa w art. 122 ust. 1 p.t. stanowiło warunek przeciwny ustawie, a przez to nieważny.

Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy zawarty w umowie z 22 lipca 2013 r. warunek polegający na wydaniu decyzji przez Prezesa (...) w trybie art.122 p.t. nie jest warunkiem w rozumieniu art.89-94 k.c. lecz stanowi w istocie *conditio iuris*, to jest wynikającą właściwie z treści art.122 p.t. przesłankę skuteczności czynności prawnej. Oznacza to, że skutek w postaci przeniesienia rezerwacji częstotliwości nastąpi po wydaniu przez Prezesa (...) pozytywnej dla stron decyzji w zakresie zmiany uprawnionego. Klauzula ta stanowi zatem powtórzenie treści art.122 p.t. nie stanowi natomiast warunku w rozumieniu art.89 k.c. W analogicznej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy w powoływany przez

powoda wyroku z 20 maja 1998 r., I CKN 683/97, OSP 1999/1/8 wskazując, że nie stanowi zastrzeżenia warunku w znaczeniu wynikającym z art. 89 k.c. zawarte w przedwstępnej umowie sprzedaży nieruchomości oświadczenie stron umowy, uzależniające jej wejście w życie od zezwolenia na zakup tej nieruchomości przez radę nadzorczą spółki z ograniczoną odpowiedzialnością będącą stroną umowy (podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 maja 2005 r., III CK 577/04, LEX 277131). Zatem zastrzeżona w umowie klauzula (art.4.1) w istocie stanowi powtórzenie treści warunku określonego w art.122 p.t.

Wskazana wyżej argumentacja stanowi również o bezzasadności zarzutów naruszenia art. 353 k.c. w zw. z art. 353' k.c. oraz art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353 k.c., art. 353' k.c. oraz z art. 483 § 1 k.c.

Zdaniem pozwanego strony umowy nie mogły umówić się o wynik postępowania administracyjnego ani zobowiązać się do świadczenia polegającego na określonych działaniach i zaniechaniach w postępowaniu administracyjnym, gdyż działania takie nie mieszają się w pojęciu „świadczenia”, które może być przedmiotem ważnego zobowiązania cywilnoprawnego, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego przypisania pozwanemu odpowiedzialności z tytułu naruszenia Umowy polegającego na podjęciu określonych działań w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa (...). Ponadto pozwany wskazał, że zastrzeżenie przez strony kar umownych w pkt 8.1.3 i 8.1.4 umowy miało na celu obejście ustawy, poprzez zastosowanie formalnie dopuszczalnej instytucji do zapewnienia niezgodnego z ustawą rezultatu w postaci zakazania pozwanemu dokonywania de facto jakichkolwiek czynności w postępowaniu administracyjnym, co sprzeciwia się istocie uprawnień strony w postępowaniu administracyjnym i co nie może być przedmiotem zobowiązań cywilnoprawnych.

Zgodnie z treścią art.483 § 1 k.c. kara umowna może być zastrzeżona w każdym typie zobowiązań z wyjątkiem pieniężnych, zatem dopuszczalne jest zastrzeżenie jej w odniesieniu do zobowiązań niepieniężnych polegających na daniu, czynieniu, nieczynieniu, zaniechaniu. Zatem strony mogły zastrzec karę w przypadku naruszenia przez jedną ze stron obowiązku do powstrzymywania się od czynności mogących opóźnić wydanie decyzji lub też uniemożliwić

osiągnięcie efektu w postaci prawomocnej decyzji w przedmiocie zmiany podmiotu uprawnionego do rezerwacji częstotliwości. Zastrzeżenie powyższe i kary umowne służyły wprost realizacji umowy. Dopuszczalne jest zobowiązanie się jednej ze stron do powstrzymywania się z pewnymi czynnościami w postępowaniu administracyjnym, jeżeli służy to realizacji celu umowy oraz nie jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Zwykle aktywność strony w postępowaniu administracyjnym jest jej uprawnieniem, zaś bierność wyrazem jej autonomicznej woli i zgodą na poniesienie konsekwencji wynikających z zaniechań. Należy zaznaczyć, że Sąd badając, czy zaistniały przesłanki do naliczenia kar umownych nie uwzględnił żadnej z czynności, gdzie pozwany odpowiadał na pisma organu. Przez to nie można się zgodzić, iż dokonane przez strony zastrzeżenie stanowiło obejście prawa albo w sposób niedozwolony stanowiło obrót jakimiś uprawnieniami.

Sąd Apelacyjny nie znalazł też podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art.5 k.c. Zgodnie z poglądami doktryny i orzecnictwa art.5 k.c. należy stosować powściągliwie i w wyjątkowych przypadkach. Jak podkreśla Sąd Najwyższy „istotą prawa cywilnego jest strzeżenie praw podmiotowych, a zatem wszelkie rozstrzygnięcia prowadzące do redukcji bądź unicestwienia tych praw wymagają z jednej strony ostrożności, a z drugiej bardzo wnikliwego rozważenia wszystkich aspektów rozpoznawanego wypadku” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1994 r., II CRN 127/94, LEX nr 82293; por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2009 r., IV CSK 290/09, LEX nr 560607 i z dnia 25 sierpnia 2011 r., II CSK 640/10, LEX nr 964496).

Z powołaniem się na nadużycie prawa nie można uchylać mocy obowiązującej przepisów; art. 5 k.c. nie jest bowiem normą nadrzędną w stosunku do innych norm obowiązującego prawa, nie może też stanowić samoistnej podstawy do obniżenia kary umownej. Nie mogą stanowić podstawy do zastosowania art.5 k.c. powoływane przez pozwanego okoliczności związane z przekształceniami w grupie kapitałowej, w której jest powód, albowiem pozwany nie wykazał, aby w tym zakresie powód zachował się wobec niego nielojalnie i aby wiedza o przekształceniach i fuzjach w grupach kapitałowych przedsiębiorstw telekomunikacyjnych była niedostępna i aby przekształcenia te odbywały się nagle i pozwany mógł być tym zaskoczony.

Mając na względzie wyżej wskazane okoliczności na podstawie art.385 k.p.c. orzeczono, jak w sentencji wyroku. O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto na podstawie art.100 k.p.c. wzajemnie je znosząc z uwagi na to, że obie apelacje zostały w całości oddalone.

Jerzy Paszkowski Beata Kozłowska Robert Obrębski