УДК 347.4:621.396.218

Т.Н. Скорикова

ОПЕРАТОРЫ ВИРТУАЛЬНЫХ СЕТЕЙ КАК СУБЪЕКТЫ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПО ОКАЗАНИЮ УСЛУГ ПОДВИЖНОЙ СВЯЗИ

Сделана попытка определения правового статуса операторов, оказывающих услуги по виртуальным подвижным сетям. Обосновывается вывод об отсутствии в действующем законодательстве правовых норм, регулирующих данную сферу деятельности.

Современное развитие подвижной связи, к которой относится и сотовая связь, повлекло возможность создания сетей радиотелефонной связи, получивших в мировой практике название «виртуальных» (Mobile Virtual Network Operator – MVNO). Их построение возможно на основе заключаемых договоров с действующими операторами подвижной связи об использовании их инфраструктуры, в частности базовых станций и выделенных в установленном законом порядке радиочастот. Для оказания услуг связи в виртуальных подвижных сетях заинтересованному субъекту (по действующему законодательству им может быть только предприниматель) необходимо наличие собственного коммутационного оборудования, номерной емкости с выделением кода сети, а также базовых станций и радиочастоты оператора, действующего на определенном рынке оказания услуг подвижной связи. Схема создания виртуальных сетей сходна с созданием сетей Интернет с участием огромного количества провайдеров. С целью упрощения изложения вопроса для обозначения такого заинтересованного субъекта будем использовать терминологический оборот «оператор виртуальных подвижных сетей».

Оценивая с точки зрения права новый вид деятельности, в том числе с точки зрения правового режима услуг виртуальных сетей и правового статуса операторов таких сетей, необходимо ответить на следующие вопросы:

1) можно ли отнести операторов виртуальных подвижных сетей к субъектам, оказывающим услуги подвижной связи в соответствии с действующим законодательством о связи;

2) соответствует ли данная деятельность законодательству об оказании услуг подвижной связи;

3) какова правовая природа заключаемых договоров с операторами виртуальных подвижных сетей и как они соотносятся с договорами присоединения сетей электросвязи.

Чтобы ответить на эти вопросы, необходимо исследовать основные нормативные акты, регулирующие отношения по оказанию услуг электрической связи, в том числе и подвижной связи. В соответствии со ст. 2 ФЗ «О связи» от 07.07.2003 г. оператор связи – это юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающий услуги связи на основании соответствующей лицензии. Услуга связи определяется как деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений. Электросвязь – любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Определение понятия «услуга подвижной электросвязи» как разновидности услуг электросвязи в законодательстве о связи не предусмотрено. В Правилах оказания услуг подвижной связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 25.05.2005 г. № 328 (далее – Правила 2005 г.), отсутствуют ключевые понятия: оператор подвижной связи, услуга подвижной связи, понятие подвижной связи вообще. Основывая свое исследование на родовом понятии «услуга электросвязи», можно сказать, что услуга подвижной связи – это деятельность операторов по перемещению голосовой и (или) неголосовой информации по сети подвижной радиотелефонной связи с целью обеспечения абонентам возможности общения, осуществляемая посредством предоставления соединения между средствами связи в соответствии с лицензией, полученной в установленном законом порядке. В соответствии с Правилами 2005 г. соединение по сети подвижной связи – это установление в результате вызова взаимодействия между средствами связи, позволяющее абоненту передавать и (или) принимать голосовую и (или) неголосовую информацию.

Деятельность по оказанию услуг связи в соответствии со ст. 29 ФЗ «О связи» осуществляется только на основании лицензии. Если же в процессе оказания услуг связи предполагается использование радиочастотного спектра, то соискатель лицензии, наряду с другими документами в соответствии с пп. 3 п. 1 ст. 30 указанного закона, должен предоставить описание сети и средств связи, с использованием которых будут оказываться услуги. Также предоставляются план и экономическое обоснование развития сети связи. Требования к содержанию такого описания устанавливаются федеральным органом исполнительной власти в области связи.

Постановлением Правительства РФ № 87 от 18.02.2005 г. (с изменениями от 29.12.2005 г.) в разделе 11 был утвержден Перечень лицензионных условий осуществления деятельности в области оказания услуг подвижной радиотелефонной связи, в которых не предусмотрена возможность передачи прав на предоставление лицензируемых услуг другим лицам. Закреплена обязанность лицензиата обеспечивать доступ к своей сети и соблюдать Правила присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия. Законодательством о связи предусмотрена возможность присоединения сети подвижной радиотелефонной связи лицензиата к сети связи общего пользования, к подвижной радиотелефонной связи других операторов. Нормативно регулируется осуществление учета и пропуск трафика в сети подвижной радиотелефонной связи лицензиата, а также учета и пропуска трафика от (на) сетей связи других операторов. Однако указанные обязанности лицензиата

относятся к действующим операторам или собственно к нему самому.

Кроме того, в анализируемом п. 4 ст. 30 закона предусмотрено, что для получения лицензии на оказание услуг связи с использованием радиочастотного спектра представляется решение государственной комиссии по радиочастотам о его выделении. В ст. 24 ФЗ «О связи» предусмотрена императивная норма о недопустимости использования радиочастотного спектра без соответствующего разрешения. В России регулирование использования радиочастотного спектра осуществляется межведомственным федеральным коллегиальным органом по радиочастотам. Вместе с тем в п. 2 данного закона предусмотрена возможность передачи права на использование полос радиочастот другому пользователю, но только по разрешению указанного органа. Закон не предусматривает основания такой передачи, но в любом случае для нее необходим сложный юридический состав: решение госкомиссии по радиочастотам и соответствующий договор между субъектами. Представляется, что такими субъектами могут быть как действующие операторы подвижной радиотелефонной связи, так и иные предприниматели, желающие получить лицензию на оказание услуг с использованием радиочастотного спектра. Не исключено, что таким субъектом может быть виртуальный оператор подвижных сетей. Однако суть оказания услуг виртуальных сетей состоит в том, что таким операторам не имеет смысла обращаться за выделением ему радиочастотного спектра, так как построение сети виртуальной подвижной связи основано на соединении его коммутаторов с базовыми станциями действующих операторов подвижной связи, имеющих выделенные полосы радиочастотного спектра. Можно сказать, что непосредственная деятельность оператора виртуальной подвижной связи не основана на использовании радиочастотного спектра, однако оказание услуги абонентам без его использования невозможно. *Оператор виртуальных сетей не является владельцем базовых станций, но пользуется выделенным радиочастотным спектром другого оператора.* Он не становится владельцем базовых станций даже после заключения соответствующего договора с оператором подвижной связи, так как не обслуживает и не эксплуатирует данные базовые станции. Правовая природа заключаемых в данных случаях договоров с операторами сети подвижной связи не вызывает сомнений. Их можно квалифицировать как договоры аренды с предоставлением во временное пользование имущества определенного оператора связи без предоставления права владения этим имуществом. Предпринимательский смысл данной деятельности основан на нормативно закрепленном правиле, что арендатор вправе получать доходы от пользования арендованным имуществом (ст. 606 ГК РФ), для чего необходима собственная абонентская база.

Из этого можно сделать вывод, что оператор виртуальных сетей для оказания услуг своим абонентам использует радиочастотный спектр, выделенный другому оператору связи, но не имеет собственной материальной сети для оказания данных услуг. Невозможно в связи с этим согласиться с мнением В.А. Вайпан и С.Р. Гладких, полагающих, что в действующем законодательстве отсутствуют правовые препятствия при решении вопросов о присоединении виртуальных сетей подвижной связи применять Правила присоединения сетей электросвязи, утвержденные постановлением Правительства РФ от 28.03.2005 г. № 161 (далее – Правила присоединения сетей) [1].

В указанных Правилах присоединения сетей под присоединением понимается установление технико-технологического взаимодействия средств связи двух сетей связи, вследствие чего становится возможным пропуск трафика между этими сетями, минуя другие сети связи. Коммутатор оператора виртуальных сетей связи является узлом связи, т.е. средством связи, выполняющим функции коммутации. Однако в отличие от сети операторов подвижной связи с базовыми станциями оператор виртуальной сети не имеет собственной сети, он имеет коммутатор, который желает присоединить к сети действующего оператора и таким образом создать «свою» сеть. Оператор с базовыми станциями имеет свою сеть, которая может действовать автономно. Данная сеть основана на использовании природного ресурса – радиочастотного спектра. Проще сказать, виртуальный оператор не имеет своей сети связи и присоединять ему фактически нечего, он как бы расширяет зону действия сети действующего оператора связи, установив свое коммутационное оборудование. Объем используемого радиочастотного спектра при этом не меняется, «виртуальная сеть» как бы сливается с сетью связи соответствующего оператора. Если коммутатор «виртуального оператора» находится за пределами территории, указанной в лицензии, то действующий оператор связи будет являться нарушителем лицензионных условий. Впрочем, для сетей подвижной радиотелефонной связи стандартов NMT-450; GSM-900/1800, IMT-MC-450 в Перечне лицензионных условий предусмотрена возможность пользования услугами подвижной радиотелефонной связи при нахождении за пределами территории, указанной в лицензии.

При рассмотрении данной проблемы возможно возникновение двух вариантов правоотношений. Первый вариант предполагает выступление на стороне арендатора коммутационного оборудования действующего оператора подвижной связи. Он возможен только при экономической потребности оператора в таком оборудовании. Такие правоотношения возможны при заключении договора аренды движимого имущества, но арендодатель будет получать доходы в виде обычной арендной платы, а не от оказания услуг. Данный вариант может не устраивать претендующего на доходы от оказания услуг арендодателя оборудования. Второй вариант правоотношений предполагает следующую схему: арендатор коммутационного оборудования – действующий оператор подвижной радиотелефонной связи, а арендодатель – предприниматель, претендующий на получение правового статуса оператора виртуальных подвижных сетей. По действующему законодательству он обязан получить лицензию на осуществление данного вида деятельности, для чего предварительно должен получить и разрешение на пользование радиочастотами по результатам положительного заключения экспертизы заявленных радиоэлектронных средств, что фактически невозможно, так как такой субъект не может выполнить

предъявленные требования из-за отсутствия собственных радиоэлектронных средств подвижной связи. Этот вариант правоотношений возможен только после внесения соответствующего изменения в действующее законодательство о связи. Суть данного изменения должна состоять в императивном указании на отнесение таких субъектов предпринимательской деятельности к операторам электрической связи, не связанным при оказании услуг с использованием радиочастотного спектра. Такое законодательное решение позволит признать операторов виртуальных сетей связи субъектами по оказанию соответствующих услуг на основании только получаемой ими лицензии. При этом должен быть дополнен перечень документов, предоставляемых для получения лицензии, договорами аренды соответствующего оборудования с действующими операторами подвижной радиотелефонной связи, что будет доказывать наличие вполне определенной виртуальной сети.

Таким образом, до заключения соответствующих договоров на аренду с правом пользования базовыми станциями действующего оператора подвижной связи виртуальный оператор по действующему законодательству не может получить лицензию на оказание услуг подвижной связи. Поэтому и представляется, что наличие указанных договоров должно являться дополнительным условием для получения лицензии на оказание услуг электрической связи операторов виртуальных сетей, так как сама сеть может быть создана только при наличии этих договоров.

Данный вывод имеет огромное экономическое и правовое значение для действующих операторов электрической связи и гражданского оборота этих услуг в целом. Кроме того, законодательное решение этой проблемы соответствует интересам безопасности общества в целом, так как позволяет исключить появление в гражданском обороте при оказании услуг электрической связи не индивидуализированных абонентов и защитить гражданский оборот от непрофессиональных операторов связи. Так, в соответствии со ст. 18 ФЗ «О связи», операторы связи имеют право на присоединение своих сетей электросвязи к сети связи общего пользования. Присоединение одной сети электросвязи к другой и их взаимодействие осуществляются на основании заключаемых операторами связи договоров о присоединении сетей электросвязи. Операторы сети связи общего пользования на основании договоров о присоединении сетей электросвязи обязаны оказывать услуги присоединения иным операторам связи в соответствии с правилами присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия, утвержденными Правительством Российской Федерации. Оказание услуг присоединения сетей является предоставлением доступа к услугам связи, оказываемым другим оператором связи, что обеспечивает возможность получения абонентами услуг связи, оказываемых другими операторами связи.

Договор аренды соответствующего оборудования ни в коей мере нельзя относить к договорам присоединения сетей электросвязи. Различие двух этих договоров имеет принципиальное значение. Во-первых, договор о присоединении сетей является публичным договором, а заключение рассматриваемого договора аренды не является таковым. Такой договор должен отвечать в полной мере принципу свободы договора. Заключение этого договора возможно только путем свободного волеизъявления сторон. На него не распространяется действие принципа принудительного открытого доступа к сети электросвязи. Во-вторых, сторонами в договоре присоединения являются операторы физически существующих сетей, а заключение договоров аренды базовых станций с правом пользования только создает предпосылку для создания сети. В третьих, предприниматель, создающий виртуальную сеть до получения лицензии, не является оператором связи (если это не действующий оператор связи), а в договоре присоединения сетей сторонами могут быть только действующие операторы связи.

Таким образом, оператор виртуальных сетей подвижной связи по действующему законодательству не может быть отнесен к субъектам (исполнителям), оказывающим услуги подвижной связи с использованием радиочастотного спектра. В связи с недопустимостью искусственного сдерживания развития сферы услуг подвижной связи возможно внесение соответствующих изменений в действующее законодательство с безусловным исключением рассматриваемых договоров аренды имущества, составляющего инфраструктуру сети действующего оператора подвижной связи, с заинтересованными субъектами предпринимательской деятельности из числа обязательных договоров. Законодатель должен императивно запретить отнесение данных договоров к договорам присоединения сетей. Данный подход позволит виртуальному оператору стать субъектом оказания соответствующих услуг в гражданском обороте, но только после получения соответствующей лицензии. Необходимым условием для получения лицензии должна стать возможность создания собственной виртуальной сети на основе заключаемых договоров аренды средств связи с операторами, владеющими базовыми станциями подвижной связи. Такую сеть следует считать производной сетью подвижной связи. В связи с тем, что выделение радиочастотного спектра такому оператору не производится, более того, его невозможно выделить оператору, не имеющему системы базовых станций, использование радиочастотного спектра производится самим оператором подвижной связи. Право на оказание услуг абонентам у виртуального оператора возникает с момента подключения коммутатора оператора виртуальных сетей к оборудованию базовой станции, так как данное подключение создает предпосылки для оказания услуг электрической связи оператором виртуальной сети.

Достаточно ли договора аренды для того, чтобы оператор виртуальных сетей мог использовать ограниченный природный ресурс, выделенный другому оператору подвижной связи? По действующему законодательству на данный вопрос может быть дан только отрицательный ответ. Как уже отмечалось, п. 4. ст. 29 ФЗ «О связи» предписано, что для получения лицензии, предусматривающей при оказании услуги связи использование радиочастотного спектра, кроме того, представляется решение государственной комиссии по радиочастотам о выделении полосы радиочастот и заключение экспертизы. В соответствии со ст. 24 этого закона право на использование радиочастотного спек-

тра предоставляется посредством выделения полос радиочастот и присвоения (назначения) радиочастот или радиочастотных каналов. Использование радиочастотного спектра без соответствующего разрешения не допускается. В ст. 2 закона пользователь радиочастотным спектром определяется как лицо, которому выделена полоса радиочастот либо присвоены (назначены) радиочастота или радиочастотный канал. Выделение радиочастотного спектра – это публично-правовой акт, правом принятия которого обладает определенный государственный орган, а следовательно, договор аренды не может служить основанием вторичного использования радиочастотного спектра, для этого необходимо разрешение соответствующего государственного органа. Именно поэтому для разрешения указанной коллизии необходимо признать, что виртуальные операторы непосредственно радиочастотный спектр не используют.

Учитывая особый правовой режим, установленный для использования радиочастотного спектра в современном гражданском обороте, следует решить вопрос, вправе ли оператор, которому был выделен радиочастотный спектр, использовать его для предоставления выделенного ему радиочастотного спектра оператору виртуальных сетей. Поскольку данное разрешение является необходимым условием получения лицензии, то может ли выдаваться лицензия оператору виртуальных сетей для оказания услуг подвижной связи на основании договора аренды с оператором действующих сетей подвижной связи.

В соответствии со ст. 49 ГК РФ отдельными видами деятельности юридическое лицо (а в соответствии с п. 3 ст. 23 ГК РФ и индивидуальный предприниматель) вправе заниматься только на основании лицензии. Если законом не установлено иное, право на занятие определенной деятельностью не может быть передано другим лицам на основании заключенного договора. Представляется, что поскольку получение разрешения на использование радиочастотного спектра является необходимым основанием для получения лицензии для оказания услуг подвижной связи, на которую претендует и оператор виртуальных сетей, то следует сделать вывод, что без внесения соответствующих изменений в законодательство о связи получение такой лицензии невозможно.

Внесение предложенных изменений позволит получить виртуальному оператору соответствующую лицензию, после чего он сможет заключать договоры на оказание услуг подвижной связи с абонентами. При этом виртуальному оператору необходимо будет соблюдать лицензионные условия, предусмотренные Разделом 11 Перечня, утвержденного постановлением Правительства РФ от 18.02.2005 г. № 87, в которые должны быть также внесены предложенные изменения.

Учитывая специфику оказания услуг подвижной связи операторами так называемых виртуальных подвижных сетей, а также с целью предоставления правильной информации абонентам таких сетей об исполнителе услуг, в действующее законодательство следовало бы ввести индивидуализирующее *определение оператора виртуальных сетей подвижной связи, например,* «*субоператор*». Данная индивидуализация подчеркнет производность правового режима деятельности такого субъекта гражданских правоотношений по оказанию услуг подвижной связи абонентам.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Вайпан В.А., Гладких С.Р.* Правовые основы деятельности операторов виртуальных сетей подвижной связи // Право и экономика. 2006. № 1. С. 25–30.

Статья представлена научно-редакционным советом журнала, поступила в научную редакцию «Юридические науки» 18 декабря 2006 г., принята к печати 25 декабря 2006 г.