

Решение № 748 от 27.06.2013 г. по преписка вх. № КЗК - 20/2013г. на Комисията за защита на конкуренцията

Чл. 29 ЗЗК

Чл. 30-37 ЗЗК

Чл. 35, ал. 2 ЗЗК

Чл. 35, ал. 3 ЗЗК

Чл. 38, ал. 1, т. 3 ЗАКОН ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА

Чл. 69, ал. 4 ЗЗК

Чл. 94, ал. 1 ЗАКОН ЗА ЗАЩИТА НА КОНКУРЕНЦИЯТА

Глава 7 ЗЗК

Чл. 74 ЗПУПС

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Петко Николов

ЗАМ.- ПРЕДСЕДАТЕЛ: Ангелина Милева

ЧЛЕНОВЕ: Александър Александров

Елена Димова

Зорница Иванова

Петя Велчева

Секретар - протоколист: Златимира Стайкова

В Комисия за защита на конкуренцията е образувано производство по преписка № КЗК/20/07.01.2013 г. на основание чл. 38, ал. 1, т. 3 във връзка с чл. 94, ал. 1 от Закона за защита на конкуренцията (ЗЗК) по искане на „Ипей“ АД, гр. София за установяване на евентуално извършени нарушения по чл. 29, чл. 35, ал. 2 и ал. 3 от ЗЗК от страна на „Интеркарт Файнанс“ АД, гр. София, налагане на предвидените санкции и постановяване прекратяване на нарушенията.

I. Същност на искането

„Ипей“ АД (Ипей) е оператор на система за електронни плащания ePay.bg. Дружеството е създадено през 2000 г. и е част от „Датамакс Системс Холдинг“ АД, имащо дългогодишен опит в производството на банков софтуер и изграждане на платежни системи.

Дружеството е специализирано в изграждането на платежни системи, електронна търговия и сигурност на предаването на информация през Интернет. Молителят извършва обработка на плащания с банкови карти и на банкови транзакции в отворени мрежи, като основната му дейност е свързана с опериране на платежните системи ePay.bg®, ePayVoice® (плащане по телефон), В-pay (плащане от банкомат).

Подателят на искането сочи, че неговите услуги са познати на потребителите и търговските му партньори още от месец октомври 1999 г., когато е поставено началото на българската система за електронни плащания ePay.bg и е извършено първото плащане с дебитна банкова карта в български интернет магазин. От своя старт системата придобива все по-голяма популярност и доверие сред крайните потребители, като резултат от усилията на „Ипей“ АД да отговаря в максимална степен на нуждите на клиентите и да предлага платежни услуги базирани на най-съвременните информационни технологии. Твърди се, че първоначално оператор на системата е „Датамакс“ АД, а от началото на 2006 г. оператор е молителят, който заедно с „Датамакс“ АД са дъщерни дружества на „Датамакс Системс Холдинг“ АД.

В искането се описват съществените моменти от дейността на Ипей, а именно: през 2000 г. съвместно с картовия оператор БОРИКА е реализирана възможността за плащане с банкови карти и от банкомат, първоначално само към комунални дружества,

а по-късно и към всяка една търговска организация, включена в системата B-pay; през 2001 г. стартира системата ePayVoice, която осигурява алтернативен начин за плащане с банкови карти на услуги по телефон; от 2004г. съвместно с банките, включени в ePay.bg, се предлага автоматично плащане на битови сметки с банкови карти и др.

Ипей твърди, че услугите, които предоставя, се означават с марките ePay и ePay.bg от началото на тяхното предлагане. В последствие тези марки получават правна закрила чрез регистрация в Патентно ведомство на Република България.

Молителят посочва, че ePay.bg е система за плащане с банкови карти и микросметки през интернет. Потребителите могат да ползват предлаганите услуги, като се регистрират в системата чрез създаването на потребителски профили или без предварителна регистрация - само с въвеждане на данни за картата на клиента и посочване на e-mail адрес.

Системата предоставя възможност на всеки регистриран клиент да пазарува стоки и услуги чрез Интернет, като плаща с банкова карта и/ или със своята микросметка в ePay.bg; да заплаща битови сметки за ток, парно отопление, вода, телефон, газ, GSM, кабелна телевизия, както и данъци, такси и осигуровки; да получава суми по своята микросметка в ePay.bg. По отношение на търговците или обслужващата организация системата позволява да приемат плащания чрез Интернет с национални дебитни карти с логото на БОРИКА и/или с международни кредитни карти, както и с микросметка в ePay.bg.

Изтъква се голямата популярност, която системата ePay.bg е придобила сред потребителите от своето създаване и понастоящем, като се посочват данни, касаещи месечните транзакции, извършвани чрез банкови карти през системата. По този начин дружеството се налага като водещ доставчик на подобни услуги. Счита, че доказателство за съществуващата репутация на марките използвани от Ипей е, че над 1100 компании получават своите плащания с банкови карти през ePay.bg, както и че почти всички български банки и финансови и държавни институции са негови партньори в системите за електронни плащания.

В искането се излагат твърдения относно използването от средата на 2012 г. на знака (марката) iPay и интернет сайт iPay.bg от страна на „Интеркарт Файнанс“ АД (Интеркарт) с цел обозначаване на предлаганите от дружеството финансови услуги за управление средствата на потребителите, а именно: плащане в интернет, плащане на битови сметки, пазаруване, теглене на пари в брой, изпращане и получаване на пари чрез iPay сметка в сайта iPay.bg или чрез SMS и др. Сочи се, че предлаганите от Интеркарт услуги са идентични или близки до тези, предоставяни от Ипей, както и механизмът за активиране на услугата също е идентичен - създава се профил в сайта iPay.bg, добавя се банкова карта или iPay карта в създадения профил, която карта се потвърждава със SMS и плащане с нея по интернет.

Молителят подчертава, че единствените разлики, които съществуват към момента на подаване на искането между двете системи - неговата и тази на ответното дружество, са наличието на мобилна версия на сайта iPay.bg, която се ползва чрез мобилен телефон, издаването на iPay карта, както и че картата в ePay.bg се потвърждава чрез код от банково извлечение по картата на клиента, а не със SMS.

Поради изложеното по-горе, счита, че използвания от Интеркарт знак iPay е твърде близък до използваните от Ипей търговски марки ePay и ePay.bg, което с оглед на сходството на предлаганите от страните в производството услуги може да доведе до увреждане интересите на молителя. Сочи, че двете дружества оперират на един и същ съответен пазар, поради което са конкуренти.

Според подателя на искането, ответното дружество нарушава разпоредбите на чл. 35, ал. 2 от ЗЗК, тъй като услугите на Интеркарт, обозначени със знаците iPay и iPay.bg са фонетични и визуално близки на марките на молителя. По този начин потребителите се объркват и заблуждават, че услугите iPay се предлагат от Ипей. В подкрепа на тази теза представя доказателства - записи, направени от операторите на Ипей от проведени разговори с потребители и търговци чрез системата. Заявява, че използването на марката iPay води до заблуждаване на потребителите относно лицето, предоставящо конкретните услуги и поради факта, че предоставянето на новата услуга обвързва Ипей, като по този начин се уврежда репутацията на последния, а оттам се увреждат и интересите на дружеството като конкуренти. В допълнение сочи, че както средният потребител, така и масовият търговец не е в състояние да разграничи доставчика на услугите, предоставяни от Интеркарт и обозначени с iPay и iPay.bg от наложилите се и популярни услуги ePay и ePay.bg поради сходството в изписването и звученето. Използвайки за обозначаване на своите услуги марки близки и сходни до познатите и известни марки на молителя, ответникът извлича неправомерни ползи от популярността на вече наложените марки за услуги ePay и ePay.bg. Изтъква се, че при използването на марката iPay в телевизионните реклами и предлагането на услугата iPay на потребителите не се подчертава, че става въпрос не за услуга, която се предлага от Ипей, а за услуга предлага от друга фирма. Ето защо, според молителя е логично при възникнал проблем, потребителят да се обърне за съдействие към известния доставчик Ипей и да останат недоволни предвид невъзможността да получат услуга с известно качество.

На следващо място, подателят на искането излага твърдения за извършени нарушения от страна на Интеркарт и на разпоредбата на чл. 35, ал. 3 от ЗЗК, а именно имитация на собствения на молителя домейн www.ePay.bg, използван от него в дейността му 12 години. Соци се, че ответното дружество използва домейна www.iPay.bg от средата на 2012 г., като счита, че изложените аргументи по отношение на сходството на марките ePay и iPay са валидни и за домейните. Допълва, че тъй като и двата домейна са с разширения bg, то се увеличава вероятността потребителите да бъдат объркани. Близостта на двата домейна и идентичните или близките услуги, които предлагат двете дружества, са реална предпоставка, според молителя, потребителите да се заблудят относно доставчика на услугите. Това от своя страна води до увреждане интересите на конкурента Ипей, който е вече наложен пазара и предлага познати и утвърдени услуги.

На последно място, Ипей, счита, че с поведението си Интеркарт нарушава и чл. 29 от ЗЗК, тъй като противно на добросъвестната практика налага своите стоки и услуги като ползва известността на конкурентните такива, като по този начин се ползва от придобитата известност на дадената услуга с цел по-добра реализация на своята. Подобно поведение, според молителя, води до увреждане интересите на конкурентите, тъй като поради заблудата на потребителите се пренасочва потребителското търсене към стоки и услуги, които не са желани.

Предвид на изложеното е отправена молба, Комисията да образува производство за установяване на нарушения от страна на „Интеркарт Файнанс“ АД по чл. 29, чл. 35, ал. 2 и ал. 3 от ЗЗК, да се постанови прекратяване на нарушенията - използване на марка и домейн, близки до тези на молителя, както и да наложи предвидените санкции.

С писмо-молба вх. № към КЗК-20/01.03.2013 г. Ипей представя нови доказателства - записи на разговори с телефонни оператори на Ипей и писмо, получено по електронната поща на молителя, във връзка с твърденията му изложени подробно в искането за образуване на настоящото производство.

II. Становище на „Интеркарт Файнанс" АД

Интеркарт е акционерно дружество лицензирано от БНБ като платежна институция по смисъла на Закона за платежните услуги и платежните системи /ЗПУПС/ и на Директива 2007/64/ЕО за платежни услуги, а от 2011 г. на основание чл. 74 и следващите от ЗПУПС е лицензирано от БНБ като дружество за електронни пари съгласно Директива 2009/110/ЕО. Същото е пълноправен член на MasterCard, Visa и JCB и е лицензирано да издава платежни инструменти (карти и други платежни инструменти по смисъла на §1, т. 16 от ЗПУПС), както и да приема плащания с карти и други платежни инструменти с логото на посочените картови организации.

Сочи се, че в своята дейност от 2007 г. дружеството се налага в България като една от иновативните небанкови институции, издаващи кредитни карти, предоставящи нови за българския пазар функционалности. Услугите на Интеркарт са познати заради наложилите се кредитна карта iCARD (с два кредитни лимита) и предплатена карта за подаръци GIFTCARD. На гърба на всички издадени карти стои логото на iCARD и името на „Интеркарт Файнанс" АД, а отпред това на MasterCard или Visa.

Във връзка с подаденото от „Ипей" АД искане „Интеркарт Файнанс" заявява следното:

На първо място, счита, че всички твърдения на молителя, съдържащи се в подаденото искане са неоснователни, като според Интеркарт, самият молител осъществява действия в противоречие на добросъвестната търговска практика, тъй като нарушава ЗПУПС. Заявява, че искането представлява злоупотреба с правото, като опит да се препятства дейността на Интеркарт в България и да се осуети конкуренцията, като се запази господстващото положение, установено на пазара на плащане на комунални услуги от групата компании на „Ипей" АД и „Изипей" АД. Поради тази причина доставчиците на комунални услуги отказват да или трудно приемат плащане чрез електронни пари, издавани от ответника, тъй като имат договори с посочените по-горе акционерни дружества.

Ответникът твърди, че с молителя не са конкуренти, поради което не са изпълнени изискванията на чл. 29 от ЗЗК, като по тази причина следва да бъде прекратено производството по преписката и да не се разглежда по специалните състави на Глава 7 от ЗЗК. В тази връзка сочи, че „Ипей" АД не е лицензирано като платежна институция, имаща право да открива платежни сметки и да извършва платежни операции по смисъла на закона. Лиценз като платежна институция има „Изипей" АД, което открива и поддържа платежни инструменти, с търговско наименование „Микросметки", на регистрирани клиенти на оператора молителя чрез платформата ePay.bg. Подчертава, че подателят на искането не е регистриран представител на „Изипей" АД и няма право да действа от името на лицензираната платежна институция, каквото е изискването на чл. 25 от ЗПУПС.

Интеркарт счита, че услугите предлагани от страните в настоящото производство, са различни по същество и не могат да се приемат от потребителите като взаимозаменяеми, предлагат се по различен начин и на различни географски пазари. Продуктовият пазар, в който участва ответникът с продукта си електронно портмоне или iPay Wallet, е пазарът на електронни пари и портмонета и в частност мобилни електронни портмонета и предплатени платежни инструменти, които в Европа се предоставят само от лицензирани дружества за електронни пари. Соци, че услугата електронни пари и електронно портмоне се различава съществено от услугата платежна сметка, която се открива от кредитна институция (например банка) или от платежна институция, която според лиценза си може да открива платежна сметка (например „Изипей" АД). Електронните пари се издават без необходимост от откриване на банкова или платежна сметка, което е същественото различие между двете услуги.

Електронните пари се използват чрез иновативни платежни инструменти - мобилен телефон, PayPass стикер за безконтактно плащане, залепван директно на мобилния телефон. „Ипей“ АД и „Изипей“ АД не предлагат и не могат да предлагат нито електронни пари, нито електронни портмонета. Предоставяната от „Изипей“ АД услуга „микросметка“ по смисъла на закона е платежна сметка и не включва издаването на електронни пари или платежна карта с логото на картови организации или стикер за безконтактно плащане.

Услугите, предлагани от Интеркарт, са универсални и се ползват като платежно средство в Общия европейски пазар, докато тези на молителя се предоставят само в България.

По отношение начина на предлагане на услугите ответното дружество заявява, че същият е различен. Услугата „микросметка“ се предлага от „Изипей“ АД чрез платформата ePay.bg, докато електронното портмоне се предлага в офисите на Интеркарт, а потребителят може да заяви „iPAY Card“ или iPAY TAG или да свали на смартфона си мобилно приложение „iPAY Mobile“, като подчертава, че не е необходимо да бъде посетен уебсайта на дружеството www.ipay.bg. Последният служи предимно за достъп до персоналната страница на клиента, който има електронно портмоне. В допълнение сочи, че услугата Глобул електронно портмоне (ко-брандиран платежен инструмент) се предлага само в търговската мрежа на Глобул, в това число и в магазините Германос в страната и не се предлага в офисите на Интеркарт или през интернет страницата на дружеството. С оглед спецификите на предлагане на ко-брандирания продукт (посещение на магазин на Глобул или Германос; проверка на данните на клиента, извършвана от Интеркарт посредством разговори с клиентите чрез неговия Контактен център), ответното дружество счита, че е изключено потребителите да объркат предлаганите от Интеркарт и от Глобул услуги с тези на „Ипей“ АД или „Изипей“ АД. Ето защо според ответника не са налице конкурентни отношения с молителя, поради което са неприложими разпоредбите на Глава 7 от ЗЗК. С оглед на този извод, Интеркарт прави искане за прекратяване на производството поради недопустимост, като при условията на евентуалност моли в случай, че се приеме, че производството е допустимо, то като трето заинтересовано лице да бъде привлечено „Изипей“ АД, за да има решението на КЗК действие и по отношение на това дружество.

По съществуването на производството Интеркарт счита, че не е налице твърдяното от страна на молителя нарушение по чл. 35, ал. 2 от ЗЗК. Ответникът заявява, че не използва знака iPAY и не предлага платежни сметки, сходни с тези на „Ипей“ АД или „Изипей“ АД. Дружеството използва знака и регистрираната търговска марка „iPAY.eu Payment Services“ с разрешението на собственика и iPAY INTERNATIONAL S.A със седалище Люксембург. Сочената марка е комбинирана и регистрирана като марка на Общността и по никакъв начин не може да се обърка от клиентите с притежаваните от Ипей марки или с логото, използвано на страниците на Ипей или „Изипей“ АД. Счита, че цялостното впечатление, което марките създават, съществено се различава, което се явява и пречка за възникването на объркване в потребителите по отношение идентичността на източника на услуги. В допълнение сочи, че изводите на молителя за объркване на произнасянето на буквата „e“ в ePay с буквата „i“ в iPAY от потребителите, като последното е произнесено като „ипей“, се дължи на грешка на езика, от която не следва да се прави генерално заключение за заблуда на обществото. Това според ответника се подкрепя от широко употребяваната в различни знаци буква „i“ за обозначаване на известни продукти не само на световния, но и на българския пазар, като например iPhone, iPad, iCARD и др., които се произнасят като „айфон“, „айпад“, „айкард“ и др. В тази връзка представя записи на разговори от контактния център на Интеркарт, като отправя искане представените от молителя записи да бъдат изключени като доказателство по преписката с мотива, че тъй като

Ипей не е регулирана от БНБ институция няма право да осъществява подобни записи на разговори и няма процедури за вътрешен контрол и защита на личните данни, одобрени от БНБ.

В заключение добавя, че смисловото значение на двете марки е различно - „iPAY.eu Payment Services“ означава „международно плащане“, iPAY - аз плащам, а „ePay“ - лесно или електронно плащане. Подчертава, че единственият общ елемент в сочените марки е думата „pay“, която няма отличителен характер относно стоките и услугите в клас 9 и 36. Същата е описателна за вида на предлаганата услуга.

С оглед на изложеното, дружеството счита, че сходството между марките на Ипей и ползваната от Интеркарт комбинирана марка, не е такова, че да предизвика заблуда в съзнанието на потребителите в България по отношение на произхода и производителя на двете стоки, поради което не е налице нарушение на чл. 35, ал. 2 от ЗЗК.

На трето място, ответникът заявява, че не е осъществен и съставът на чл. 35, ал. 3 от ЗЗК. Дружеството, сочи, че в дейността си използва следните домейни: www.ipay.eu, националните домейни www.ipay.bg, www.ipay.it и www.ipay.ro.

Предвид на желанието на дружеството да се отличи от традиционните доставчици на платежни услуги, каквито са банките и „Изипей“ АД чрез платформата ePay.bg, както и да не бъде свързано с последната или нейния доставчик, Интеркарт е отбелязало на всяка страница в сайта си www.ipay.bg, че услугата се предоставя от „Интеркарт Файнанс“ АД в качеството си на лицензирано дружество за електронни пари. Ответникът поддържа, че не използва домейна www.ipay.bg, за да търси активно клиенти чрез нето и не го рекламира. Клиентите се набират чрез продукта iPay Wallet - електронно портмоне посредством представителя Глобул, предлагащ продуктът от името на Интеркарт в своята магазинна мрежа, както и чрез мобилното приложение „iPAY Mobile“ за смартфони, което се сваля безплатно. Сайтът служи за достъп до персонализираната страница на всеки клиент, регистриран в офис на Интеркарт или в магазин на Глобул.

Също така твърди, че регистрацията за iPay Wallet - електронно портмоне и активацията на услугата се различават съществено от тези на Ипей. При Ипей тя винаги се осъществява посредством платформата ePay.bg, а при ответника главно чрез магазинната мрежа на Глобул или офисите на Интеркарт.

Посочва, че използваната дума „pay“ не може да има индивидуализираща и отличителна функция, включително и в домейн, когато става дума за обозначаване на платежни услуги, поради което и молителят не може да монополизира тази дума и само той да използва домейн, съдържащ същата. Счита, че сайтовете на двете страни www.ipay.bg и www.ePay.bg са различни от визуална, словесна и функционална гледна точка. В сайта на ответника се ползват цветовете - синьо, бяло и сиво, които са неговите корпоративни цветове.

В заключение заявява, че не е налице използване на домейна от Интеркарт по начин, който да доведе до заблуда или объркване на потребителите, и по този начин да се бъдат увредени интересите на конкуренцията. Предвид обстоятелството, че фактическият състав на чл. 35, ал. 3 от ЗЗК е сложен и самото използване на близък или идентичен домейн не е достатъчно да осъществи същия изцяло, то в случай, че не е налице подобно използване на домейна от Интеркарт, не съществува риск от заблуда на потребителите относно произхода на услугата и нейния доставчик. Ето защо не е извършено визираното от молителя нарушение по чл. 35, ал. 3 от ЗЗК.

Дружеството представя доказателства - удостоверения от БНБ, лицензионен договор, констативни протоколи за съдържанието на интернет страници, разпечатки от сайта на Патентно ведомство и др.

В заключение, ответникът моли КЗК да постанови решение, с което не установява, че от страна на Интеркарт не е извършено нарушение по чл. 29, 35, ал. и ал. 3 от ЗЗК.

III. Информация от трети страни

В хода на проучването е изискана и предоставена информация от Ахавни Елекциян, магазин „Германос“, гр. Търговище, Цветан Великов и „Дурумекс“ ЕООД, гр. Банско.

Така изисканите и представени доказателства са посочени и обсъдени съответно в установените факти и правния анализ на това решение.

IV. Нормативна база и видове услуги, извършвани от страните в производството:

Нормативна база

Закон за платежните услуги и платежните системи /ЗПУПС/ в сила от 01.11.2009 г.

С текста на чл. 4 ЗПУПС законодателят дава легално определение на понятието „платежни услуги“, като приема, че платежни услуги са тези услуги, които са свързани с внасянето на пари в наличност по платежна сметка, в това число и свързаните с това операции по обслужване на платежната сметка; с теглене на пари в наличност от платежна сметка, както и свързаните с това операции по обслужване на платежна сметка; изпълнение на платежни операции, включително прехвърляне на средства по платежна сметка на ползвателя при доставчика на платежни услуги или при друг доставчик на платежни услуги; издаване на платежни инструменти и/или приемане на плащания с платежни инструменти; изпълнение на налични парични преводи и др.

Платежните услуги се предоставят от доставчици на платежни услуги, а именно - банки, дружества за електронни пари, банкови институции по смисъла на ЗПУПС, ЕЦБ и др. Дейността на платежните институции подлежи на лицензиране от БНБ, която води публичен регистър на платежните институции и техните клонове и представители.

Дейността на дружествата за електронни пари е уредена в глава V, чл. 74 и следващите от ЗПУПС. По смисъла на закона „Електронните пари“ са парична стойност, съхранявана в електронна, включително магнитна форма, която представлява вземане към издателя, издава се при получаване на средства с цел извършване на платежни операции и се приема от физическо или юридическо лице, различно от издателя на електронни пари. Издатели на електронни пари могат да бъдат банки и дружества за електронни пари, получили лиценз по смисъла на този закон. Дружеството за електронни пари е юридическо лице, получило лиценз за издаване на такива от Българската народна банка.

Дейността на дружествата по издаване на електронни пари, както и самото издаване на електронни пари е лицензирана от БНБ и се регулира от ЗПУПС и Наредба № 16 от 16 юли 2009 г. за лицензиране на платежните институции, дружествата за електронни пари и операторите на платежни системи, издадена от Българска народна банка. С тази Наредба е отменено действието на Наредба № 16 от 29 септември 2005 г. за електронните платежни инструменти, издадена от Българска народна банка, която отменя действащата до този момент Наредба № 16 от 1995 г. за плащанията с банкови карти.

БНБ води публичен регистър на лицензираните дружества за електронни пари и регистър на техните представители. Дружествата за електронни пари не могат да

издават чрез своите представители електронни пари, но последните могат от тяхно име да разпространяват и изкупуват обратно издадените електронни пари.

V. Правна идентификация на страните:

„Ипей“ АД е вписано в търговския регистър с ЕИК 131409398, със седалище и адрес на управление гр. София, район Средец, ул. „Иван Вазов“ № 16, с предмет на дейност: Производство на софтуер и информационни системи за обработка на информация за плащания и други услуги, оператор на информационни системи за обработка на информация за плащания и извършване на услуги, свързани с плащания, всички други дейности, незабранени от закона.

Дружеството се управлява и представлява от членовете на Съвета на директорите Георги Павлов Маринов и Гергана Красиминова Панайотова, поотделно.

„Интеркарт Файнанс“ АД е вписано в търговския регистър с ЕИК 175325806, със седалище и адрес на управление гр. София, район Лозенец, бул. „Джеймс Баучер“ № 76 А, с предмет на дейност: Изпълнение на платежни операции чрез платежни карти или други подобни инструменти, когато средствата са част от отпуснат на ползвателя на платежни услуги кредит, издаване на платежни инструменти и приемане на плащания с платежни инструменти и извършване на дейност като дружество за електронни пари.

Дружеството се управлява и представлява от изпълнителния директор Деян Добрев.

VI. ФАКТИЧЕСКА ОБСТАНОВКА

VI.1. Определяне на съответния пазар:

Определянето на съответния пазар е главният инструмент, чрез който се установяват и определят границите на конкуренцията между предприятията, с цел да се идентифицира по систематичен начин конкурентната среда, в която те работят.

Следва да се има предвид, че концепцията за съответния пазар в правото на конкуренция е различна от концепциите за пазар, използвани в други случаи. Така например, предприятията често използват термина „пазар“, за да опишат територията, на която продават продуктите си или по-общо сектора, към който принадлежат .

Съгласно §1, т. 15 от Допълнителните разпоредби на ЗЗК, съответният пазар, в който се оценяват условията на конкуренция, се състои от продуктов и географски пазар.

Продуктов пазар

Продуктовият пазар включва всички стоки или услуги, които могат да се приемат от потребителите като взаимозаменяеми по отношение на техните характеристики, предназначение и цени.

При определянето на съответния продуктов пазар КЗК придава основно значение на взаимозаменяемостта на търсенето. В конкретното производство при определянето на продуктовия пазар са взети предвид:

- предназначението на продукта;
- цена;
- условията на реализация;
- характеристика.

За да бъде определено сходството в предназначението на предлаганите услуги, е необходимо същите да бъдат конкретизирани и след което съпоставени.

Видове услуги, предоставяни от молителя:

Плащане на битови сметки, данъци, осигуровки и глоби;

Покупка на стоки по интернет;

Извършване на банкови преводи по сметка на физически и юридически лица и бюджетни организации в българска банка; прехвърляне на средства към регистриран потребител на ePay.bg

Получаване на пари по микросметка от друг потребител на системата, зареждане на микросметка в брой, с банкова карта или с банков превод..

Проверка в реално време на наличността по микросметката, банковата карта в ePay.bg и излечение от банковите сметки в Интернет.

За предоставянето на посочените по-горе услуги Ипей използва следните платежни инструменти: дебитна карта с логото на БОРИКА; международни кредитни карти MasterCard и Visa и микросметка.

Услугите, предоставяни от ответника:

2.1. Он-лайн пазаруване;

2.2. Теглене на пари в брой;

2.3. Плащане на стоки и услуги на ПОС терминал;

2.4. Изпращане и получаване на пари - необходимо е да се знае мобилния номер на получателя или номера на неговата iPay Wallet сметка. Осъществява се чрез SMS или чрез персонализираната страница на всеки потребител. Като съгласно iPay Wallet Общи условия е възможно да бъдат извършвани електронни парични преводи от и до платежна система, различна от системата на iPAY (банка или друг доставчик на платежни услуги, различни от Издателя).

2.5. Заплащане на битови сметки - от персоналната страница на клиента или от мобилния му телефон.

За предоставянето на посочените по-горе услуги Интеркарт използва следните платежни инструменти: iPay карти - „iPAY Виртуална Карта“, „iPAY TAG“ (Стикер за безконтактно плащане), „GLOBUL iPAY Card“ и електронното приложение iPay Mobile за смартфони.

С оглед на изложеното, Комисията приема, че по критерия предназначение на продукта - двете дружества предлагат услуги, които имат идентично предназначение - превод на пари / заплащане на стоки или услуги по електронен път (електронни платежни услуги).

За осъществяване на предлаганите от двете дружества услуги е необходимо на първо място наличието на предварителна регистрация на клиента в сайта на молителя www.epay.bg, а по отношение на ответника - в сайта www.ipay.bg, в офис на ответника, в обект на представителя Глобул или Германос или в сваленото мобилно приложение. На второ място е необходимо да има активна интернет връзка без значение дали услугата се извършва чрез компютър или смартфон и на последно място парични средства за извършване на плащанията, като при молителя е необходимо да има наличност по използваните за разплащане карти или микросметка, а при ответника да има достатъчно заредени електронни пари в портмонето или картата. Ето защо, Комисията счита, че е налице сходство по критерия условия за реализация на услугите между двете дружества.

По отношение на критерия цена - предвид на посочените тарифи и невисоките цени, Комисията, приема, че и по този критерий предлаганите от двете страни услуги могат да се характеризират като взаимозаменяеми и заместими.

С оглед на гореизложеното може да се направи извода, че предлаганите от страните в настоящото производство услуги са заместими и взаимозаменяеми. Предмет на проучване по това производство е поведението на „Интеркарт Файнанс“ АД във връзка с предоставяните от него услуги на потребителите за електронни разплащания. Следователно, предвид спецификата на настоящия случай, продуктовият пазар е този на електронни платежни услуги, посредством интернет.

Географски пазар

Географският пазар, представлява определена територия, в която се предлагат съответните взаимозаменяеми стоки или услуги и в която конкурентните условия са еднакви и се различават от тези в съседни райони.

Основният критерий за съществуването на единен и самостоятелен географски пазар е наличието на сходни условия за предлагане от всички участници в него.

Молителят предоставя своите услуги на територията на цялата страна. Интеркарт предоставя своите услуги за електронни портмонета както в рамките на България, така и извън нея. Доколкото, обаче, Комисията за защита на конкуренцията е български държавен орган, чиято юрисдикция се разпростира в рамките на България, то релевантен за настоящото производство е единствено пазарът на територията на страната. Ето защо Комисията приема, че предлаганите от двете страни в производството услуги се осъществяват на един и същ географски пазар - територията на България.

На основание на гореизложеното, съответният пазар следва да се дефинира като пазарът по предоставяне на следните услуги: превод на пари / заплащане на стоки или услуги по електронен път (електронни платежни услуги) чрез интернет на територията на страната.

VI.2. Установени факти:

Стопанска дейност на „Ипей“ АД

„Ипей“ АД осъществява дейност като оператор на система за електронни плащания ePay.bg, ePay.Voice (плащане по телефон) и B-pay (плащане чрез банкомат) от 2006 г. видно от декларация от „Орбител“ ЕАД от 18.05.2007 г. В партньорство с „Изипей“ АД (платежна институция по ЗПУПС) дружеството предлага услуги за извършване и получаване на парични плащания чрез микросметка и банкова карта, като „Ипей“ АД извършва регистрация и обработка на плащанията.

Системата за електронни плащания ePay.bg работи от 2000 г. видно от приложения към преписката референции от ЧЕЗ България ЕАД, БТК, „Топлофикация София“ АД. Видно то посочените референции и декларации първоначално системата е оперирана от „Датамакс“ АД, а впоследствие от молителя „Ипей“ АД, като и двете дружества са част от „Датамакс Системс Холдинг“ АД.

От 2000 г. в системата ePay.bg се приемат банкови карти като средства за разплащане въз основа на сключени договори между търговските банки и „Датамакс“ АД, видно от удостоверение № 10-526/21.05.2007 г., издадено от „БОРИКА“ АД.

През 2000 г. банковите карти на 6 банки са приемани като средство за разплащане през системата, а през 2006 г. техният брой е увеличен на 23.

Видно от удостоверение № 10-527/21.05.2007 г., издадено от „БОРИКА“ АД

общият брой транзакции извършени през системата ePay.bg нараства, като през 2001 г. са извършени (....)* броя, а през 2006 г. - (....)* броя;

общият брой извършени транзакции плащания на сметки чрез ATM също нараства, като през 2001 г. са извършени (....)* броя плащания, а през 2006 г. (....)* броя

общият брой извършени транзакции през системата ePay.Voice за 2003 г. (като първа, за която има данни) са извършени (....)*броя транзакции, а през 2006 г. - (....)* броя.

Видно от писмо изх. № 755/14.12.2012 г. на „Борика - Банксервиз" АД, в журналните файлове на дружеството са регистрирани (....)* плащания с банкови карти от ePay.bg за периода (....)*

Видно от статия със заглавие „65 % ръст на електронните плащания през ePay.bg, публикувана във вестник „Монитор" на 11.02.2009 г., се отчита ръст за 2008 г. в плащанията през системата ePay.bg, като броят на транзакциите за 2008 г. е достигнал 2.8 милиона.

Видовете услуги, които се предоставят от „Ипей" АД, са:

Плащане на битови сметки за ток, вода, телефон, газ, GSM, кабелна телевизия;

Плащане на данък сгради и такса смет, осигуровки и данъци към НАП, глоби към КАТ;

Покупка на стоки по интернет;

Извършване на банкови преводи по сметка на физически и юридически лица и бюджетни организации в българска банка,

Прехвърляне на средства към регистриран потребител на ePay.bg,

Получаване на пари по микросметка от друг потребител на системата.

Проверка в реално време на наличността по микросметката и банковата карта в ePay.bg;

Получаване на извлечение от банковите сметки в Интернет;

Зареждане на микросметка в брой, с банкова карта или с банков превод.

На името на „Датамакс" АД са регистрирани следните търговски марки, видно от представени от молителя документи:

Комбинирана марка „ePay" - регистрационен № 70143, притежание на „Датамакс" АД, регистрирана на 09.06.2009 г. и със срок на защита до 29.11.2014 г., за класове 9, 35, 36 38, 39 и 42 (Снимка № 1).

Снимка № 1



Словна марка „ePay.bg" - регистрационен № 67787, притежание на „Датамакс" АД, регистрирана на 21.11.2008 г. и със срок на защита до 26.10.2016 г., за класове 9, 35, 36 38, 39 и 42 (Снимка № 2).

Снимка № 2

ePay.bg

От издадени от Патентно ведомство два броя удостоверения е видно, че в Държавния регистър на марките:

На 09.08.2010 г. е вписано прехвърляне на правото върху марка с рег. № 67787 и наименование „ePay“ от „Датамакс“ АД на „Ипей“ АД.

На 12.12.2012 г. е вписан лицензионен договор за разрешение използването на комбинирана марка ePay" - регистрационен № 70143, с лицензодател „Датамакс“ АД и лицензополучател „Ипей“ АД, с който е предоставена за срок от 20 години изключителна лицензия, за всички стоки и услуги, за които е регистрирана марката на територията на цялата страна, считано от 22.10.2012 г.

Системата за електронни плащания ePay.bg функционира чрез интернет страницата www.ePay.bg. Видно от справка за домейн (WHOIS) от Register.BG, домейнът е регистриран на 21.10.1999 г., активен е от 28.10.1999 г. Като регистрант е вписано „Ипей“ АД.

Стопанска дейност на „Интеркарт Файнанс“ АД

„Интеркарт Файнанс“ АД осъществява дейност по предоставяне на платежни услуги, а именно платежни инструменти - кредитни карти iCARD и предплатени карти GIFTCARD, както и издаване на електронни пари. От 2008 г. дружеството е пълноправен член на MasterCard, като получава правото да издава и обслужва платежни инструменти - кредитни карти с логото на MasterCard, Maestro и Cirrus, видно от приложение А към лицензионен договор MasterCard с лицензиант „Интеркарт Файнанс“ АД.

Дружеството е член на Visa Europe, считано от датата на уведомлението за приемане на членство - 25.05.2011 г.

Дружеството е лицензирано от БНБ като платежна институция по смисъла на ЗПУПС и Директива 2007/64/ЕО, видно от удостоверение за издаден лиценз за извършване на дейност като платежна институция номер 4703-4331/23.06.2010 г.

От 2011 г. „Интеркарт Файнанс“ АД е лицензирано от БНБ като дружество за електронни пари съгласно Директива 2009/110/ЕО, видно от удостоверение за издаден лиценз за извършване на дейност като дружество за електронни пари номер 4703-5081/25.07.2011 г.

Интеркарт предлага електронно портмоне или iPay Wallet от месец януари 2012 г., което дава възможност на всеки потребител да управлява парите си без необходимост от откриване на банкова или платежна сметка. iPay Wallet събира в едно цяло: електронни пари, до които само потребителят има достъп, MasterCard карта с чип и мобилният телефон на потребителя.

Видно от iPAY Wallet Общите условия, в сила от 12.12.2012 г., предоставени от ответника, услугата „Електронно портмоне iPAY“ или „iPAY Карта“, представлява издаване на електронни пари при получаване на парични средства, издаване на карта iPAY и изпълнение на платежни операции с издадени електронни пари чрез платежни инструменти като iPay Карта, iPAY мобилно приложение или предназначения уебсайт на Издателя.

Видно от iPAY Wallet Общи условия „iPAY Електронно Портмоне“ означава сметката за електронни пари, която издателят осигурява на клиента съгласно същите

Общи условия. Електронното портмоне се активира от мобилния номер на клиента. Всеки клиент на iPay Wallet може да заяви и да му бъде издадена предплатена платежната карта iPay или стикер за безконтактно плащане. Картата, респ. стикерът е платежен инструмент, свързан с електронното портмоне на клиента и предоставя достъп до електронните пари в електронното портмоне на клиента. Електронното портмоне се заявява чрез сайта www.ipay.bg като се попълва регистрационна форма. Изисква се да бъде посочен мобилен телефон, на който се изпраща SMS с предоставен от дружеството код, който е нужен да бъде въведен с цел потвърждение на регистрацията, както и приемани на общите условия на услугата. След изпълнение на тези изисквания, се зарежда профила на клиента с персоналния му номер на електронно портмоне.

От месец октомври 2012 г. Интеркарт в сътрудничество с „Космо България Мобайл“ ЕАД (Глобул) предлага услугата електронното портмоне GLOBUL iPay Wallet.

Видно от заверено извлечение от интернет страницата на Интеркарт www.ipay.bg електронното портмоне GLOBUL iPay Wallet и картата GLOBUL iPay Wallet MasterCard™ (карта с чип) са предзначени за лица, ползващи валиден мобилен номер за гласови услуги с абонаментна или предплатена програма. Електронното портмоне се активира от мобилния номер на клиента.

Заявлението за регистрация се подава в магазините от търговската мрежа на Глобул (Глобул, Германос и др.). Портмонето се получава веднага, а картата след период от 3-5 дни. Услугата се активира чрез изпращане на SMS с предоставен от дружеството код и не е необходимо посещение на сайта.

Видове услуги, предоставяни от Интеркарт:

Издаване на платежни инструменти - кредитни карти iCARD и др.;

Приемане на плащания с платежни инструменти с логото на картови организации;

Издаване на предплатени карти GIFTCARD, iPAY Карта, „iPAY TAG“(Стикер за безконтактно плащане) и Електронното приложение iPay Mobile за смартфони (iPay Mobile App).

Он-лайн пазаруване;

Теглене на пари в брой (възможно е чрез iPay Wallet MasterCard);

Плащане на стоки и услуги на ПОС терминал (чрез iPay Wallet MasterCard);

Изпращане и получаване на пари - необходимо е да се знае мобилния номер на получателя или номера на неговата iPay Wallet сметка. Осъществява се чрез SMS или чрез персонализираната страница на всеки потребител.

Съгласно iPay Wallet Общи условия е възможно да бъдат извършвани електронни парични преводи от и до платежна система, различна от системата на iPAY (банка или друг доставчик на платежни услуги, различни от Издателя).

Заплащане на битови сметки - от персоналната страница на клиента или от мобилния му телефон.

Битовата сметка може да бъде или еднократно платена, или да се регистрира в „Моите сметки“ за регулярни плащания. В последния случай биват изпращани SMS уведомления.

Видно от представени от молителя документи на името на IPAY INTERNATIONAL S.A, акционерно дружество - Люксембург, на 29.01.2012 г. е регистрирана като марка на Общността с № 009301615 в OHIM фигуративна търговска марка iPAY.eu Payment

Services (снимка № 3) за класове по Ницската класификация 9, 35 и 36 със срок на защита до 07.08.2020 г.

Снимка № 3



От сключения на 15.04.2012 г. лицензионен договор между IPAY INTERNATIONAL S.A и „Интеркарт Файнанс“ АД е видно, че лицензодателят предоставя на Интеркарт неексклузивен лиценз за използването на фигуративна търговска марка „iPAY.eu Payment Services“ и Електронното приложение iPay Mobile за смартфони (iPay Mobile App), за да предлага и дистрибутира своите продукти, свързани с електронни портмонета в България и всички страни от ЕИП и целия свят директно или чрез свои представители или дистрибутори. Срокът на лицензията е неограничен.

На името на „Интеркарт Файнанс“ АД в Държавния регистър на марките към Патентно ведомство на България са регистрирани следните търговски марки - Словни марки: iCARD (заявена на 08.08.2007 г.), Giftcard, Гифткарт, giftcard.bg (заявени на 24.06.2008 г.) и комбинирана марка Giftcard (заявена на 15.12.2008 г.), видно от представени от молителя документи.

От предоставена справка, касаеща обстоятелствата, при които е регистриран домейна ipay.bg, е видно, че същият е регистриран като защитен от 19.05.2009 г. Като регистрант е посочен „Интеркарт Файнанс“ АД, а за административен контакт е посочен Деян Добрев - изпълнителен директор. По данни от „Интеркарт Файнанс“ АД домейнът функционира от м. април 2012 г.

От представена от Интеркарт справка за извършените от дружеството транзакции по месеци за 2012 г. е видно, че:

От месец януари 2012 г. до месец септември 2012 г. са създадени общо 648 електронни портмонета. За периода от 01.10.2012 г. до януари 2013 г. включително техният брой е нараснал на 22398 броя, или увеличението за тези четири месеца е с над 21 000 броя.

От месец януари 2012 г. до месец септември 2012 г. са активирани общо 422 електронни портмонета. За периода от 01.10.2012 г. до януари 2013 г. включително техният брой е нараснал на 22015 броя, или увеличението за тези четири месеца е също с над 21 000 броя.

От месец януари 2012 г. до месец септември 2012 г. са активирани общо 416 карти. За периода от 01.10.2012 г. до януари 2013 г. включително техният брой е нараснал на 9754 броя, или увеличението за тези четири месеца е с над 9 000 броя.

За периода от месец януари 2012 г. до месец септември 2012 г. са извършени общо 2136 зареждания на електронни портмонета. За периода от 01.10.2012 г. до декември 2012 г. включително техният брой е нараснал на 4285 броя.

За периода от месец януари 2012 г. до месец септември 2012 г. са извършени общо 4881 транзакции с карти. За периода от 01.10.2012 г. до декември 2012 г. включително техният брой е нараснал на 7324 броя.

За периода от месец януари 2012 г. до месец септември 2012 г. са извършени общо 2159 транзакции с електронни портмонета, от които комунални плащания - 6 броя. Основно транзакциите са свързани с превод към друго портмоне. За периода от 01.10.2012 г. до декември 2012 г. включително техният брой е нараснал на 2343 броя,

от които комунални плащания - 566 броя. Основно транзакциите са свързани отново с превод към друго портмоне.

Използваните платежни инструменти от Интеркарт за извършване на разплащанията са предплатена платежната карта: „iPAY Карта“, брандирана с GLOBUL или Sportal.bg, Стикер за безконтактно плащане „iPAY TAG“ и iPAY Mobile App (приложение за смартфони).

От Приложение 8 от констативен протокол № 19 от 25.01.2013 г., представляващо извлечение от началната интернет страница на „Ипей“ АД, Приложение № 1 от констативен протокол № 21 от 28.01.2013 г., представляващо извлечение от началната интернет страница на ответното дружество и Приложение № 5, представено от молителя с искането за образуване на настоящото производство, представляващо извлечение от интернет страницата на „Интеркарт Файнанс“ АД, е видно, че началните страници на двете дружества имат различен външен вид по отношение на избраните цветове, подредба на меню, изобразяване на марки, както и подробно представяне и описание на предлаганите услуги.

Случаи, в които е възникнало объркване у потребители на услугите на ответника - физически лица и търговци

„Ипей“ АД представя доказателства на електронен носител, представляващи аудио записи на проведени телефонни разговори на служители от центъра за обслужване на клиенти на „Ипей“ АД с физически и юридически лица, сред които Цветан Великов; представител на магазин Германос в град Търговище и представител на „Дуримекс“ ЕООД, гр. Банско. От аудио записите е видно, че лицата, които са се обръщали за помощ към кол-центъра са открили телефона на центъра от неговия сайт www.epay.bg. При изписването на сайта вместо ipay.bg лицата са написали погрешно epay.bg и вместо страницата на ответното дружество се отваря тази на „Ипей“ АД. От записа на телефонния разговор с Цветан Великов се установява, че си е закупил „айпей“ карта от магазин на Глобул.

От предоставени от „Интеркарт Файнанс“ АД доказателства на електронен носител - аудио записи от центъра за обслужване на клиенти на Интеркарт е видно, че лицата, които са се обръщали към кол-центъра са притежатели на „айпей“ карта и потребители на услугите на „iPAY“, като идентифицират услугата „iPAY“ с доставчика на услугата и неговата интернет страница - www.ipay.bg.

От представено от молителя електронно писмо от Ахавни Елекциян е видно, че същата е регистрирана като потребител в epay.bg, не е ползвала услугите на системата, но вече желае да се възползва от същите, тъй като в Глобул е кандидатствала за карта и е получила съобщение с парола за достъп. Обръща се към екипа на „Ипей“ АД за подновяване на регистрацията ѝ.

В отговор на писмо на КЗК изх. № ИПИ-219/25.03.2013 г. Ахавни Елекциян уведомява КЗК, че през месец декември 2012 г. си е поръчала карта от Глобул-гр. Бургас. Посочва, че вероятно при регистрацията е допуснала грешка, защото се е регистрирала първо в друг сайт. Допълва, че вече проблемът е разрешен и използва услугите, които предлага картата.

В отговор на писмо на КЗК изх. № ИПИ-222/26.03.2013 г. Цветан Великов уведомява КЗК, че за картата iPAY е разбрал в офис на Глобул в град Бургас, в следствие на това му е издадена карта. Посочва, че не си спомня точно за възникнал проблем с регистрацията и откъде е намерил телефона на Ипей. Заявява, че обаждането до центъра за обслужване на клиенти на Ипей е било грешка от негова страна. След проведения разговор е установил, че не се обажда на правилното място.

В отговор на писмо на КЗК изх. № ИПИ-221/26.03.2013 г. управителят на магазин Германос, в град Търговище уведомява КЗК, че в управляваният от него магазин се предлагат както откриване на електронни портмонета GLOBUL iPay, така и заявка за издаване на GLOBUL iPay карти, считано от 15.10.2012 г., видно от приложен към отговора информационен бюлетин № 80/12.10.2012 г.

Посочва, че в магазина на Германос могат да се извършва внасяне на суми по електронно портмоне и по всички кредитни и предплатени карти, издавани от Интеркарт. При възникнали проблеми с предлаганите услуги се обръщат към конкретни ИТ специалисти на Глобул или Германос, но за услугите, свързани с представителството на iPay към 14.11.2012 г. не е имало конкретно лице.

В допълнение сочи, че заместник-управителят на магазина се е свързал с центъра за обслужване на Ипей на 14.11.2012 г. по повод забавяне доставката на поръчана iPay карта. При зареждане страницата в интернет по погрешка е избран домейнът epay.bg, където е открит техният телефон и се е обадил да разбере по каква причина се бави доставката на въпросната карта.

В отговор на писмо на КЗК изх. № ИПИ-223/26.03.2013 г. „Дуримекс“ ЕООД, град Банско уведомява КЗК, че дружеството предлага ко-брендирани услуги на Глобул и iPay от 15.11.2012 г., въз основа на договор за франчайзинг от 17.01.2012 г. с „Германос Телеком България“ ЕАД. „Дуримекс“ ЕООД предлага откриване на електронни портмонета GLOBUL iPay, заявка за издаване на GLOBUL iPay карти, внасяне на суми по електронно портмоне и по всички кредитни и предплатени карти, издавани от Интеркарт.

При възникнали проблеми с предлаганите услуги се обръщат регионалният мениджър на Глобул. Дружеството е франчайзер на четири обекта и ежедневно се извършва проверка на осъществяваните продажби и плащания към тях. В тази връзка, на 18.01.2013 г. счетоводителката не може да провери постъпленията от iPay на магазина в гр. Гоце Делчев, поради което се опитва чрез интернет да намери контакт за разрешаване на този проблем, като не осъзнава, че вместо в страницата на iPay.bg влиза в тази на epay.bg., взема телефона за контакт с центъра за обслужване на Ипей. След като обяснява на служителите, че има проблем с акаунта, същите заявяват, че има грешка и прекъсват разговора.

От така установената фактическа обстановка могат да се направят следните правни изводи:

ПРАВНИ ИЗВОДИ

Процесен период

Настоящото производство пред КЗК е образувано на основание чл. 94, ал. 1, във връзка с чл. 38, ал. 1, т. 3 от Закона за защита на конкуренцията (ЗЗК) по искане на „Ипей“ АД срещу „Интеркарт Файнанс“ АД за установяване на евентуално извършени нарушения по 29 и по чл. 35, ал. 2 и ал. 3 от ЗЗК. От събраните в хода на производството доказателства се установи, че при предлагане на своите услуги ответникът използва означението „iPay“ и интернет сайтът „ipay.bg“ от м. януари 2012 г., което продължава и към момента.

Приложение на Глава VII от ЗЗК

В Глава VII на ЗЗК е уредена защитата срещу нелоялна конкуренция като една от проявните форми на ограничаване на конкуренцията. Разпоредбите на чл. 30 - 37 от ЗЗК съдържат специалните състави на нелоялна конкуренция, но за да бъде дадено поведение квалифицирано по някой от тях, е необходимо то да осъществява кумулативно и елементите, включени в общия състав по чл. 29 от ЗЗК - наличие на

стопанска дейност, отношение на конкуренция между страните по преписката и действие или бездействие, противоречащо на добросъвестната търговска практика, което уврежда или създава опасност от увреждане интересите на конкурентите в отношенията помежду им.

Страните в настоящото производство безспорно са предприятия по смисъла на §1, т. 7 от ДР на ЗЗК, които извършват стопанска дейност на територията на страната.

На следващо място е необходимо да се установи наличието на конкурентни отношения между страните в настоящото производство. По-горе подробно е изследван и определен продуктовият пазар в настоящото производство - извършване и получаване на плащания по електронен път. От ответника е повдигнато възражение за липса на конкурентни отношения между него и подателя на искането, тъй като последният не е лицензирана платежна институция съгласно ЗПУПС, а въпросните услуги се предоставят от друго дружество - „Изипей“ АД, на което, от друга страна, „Ипей“ АД дори не е регистриран като представител. На следващо място се посочва, че предлаганите услуги са различни и се предоставят по различен начин: услугата „микросметка“ (която е платежна сметка), предлагана от „Изипей“ АД, предполага извършване на паричен превод чрез интернет сайт („ePay.bg“) - подобно на онлайн банкирането, докато предлаганата от ответника услуга представлява издаване на електронни пари, отваряне и поддържане на електронно портмоне и издаване на свързани с него платежни продукти - предплатена карта, стикер за безконтактно плащане и др. Изтъква се че електронното портмоне „iPAY Wallet“ не може да се обърка с микросметката „ePay“ - клиентите не заменят тази сметка с електронното портмоне, а си откриват такова, защото искат да получат предплатена карта и най-вече стикер за безконтактно плащане.

Комисията не приема повдигнатите възражения поради следните съображения: По отношение на титуляра на предлаганата услуга: независимо, че подателят на искането не е регистрирана платежна институция, осъществявайки партньорство с такава („Изипей“ АД), „Ипей“ АД извършва търговска дейност насочена към привличането и обслужването на клиенти, ползващи електронната платформа за разплащания „ePay“ - стопанска дейност, която не е в нарушение на нормативните изисквания. Дейността на ответника също е насочена към привличане и обслужване на клиенти, ползващи iPAY електронно портмоне и карти. По отношение на видовете предоставяни услуги: ответното дружество изрично посочва, че в случая предлаганите услуги са едни и същи - превод на пари или заплащане на стоки или услуги, но различните технологични особености, свързани с начина на заявяването на тези услуги (чрез компютър, карта или телефон / смартфон), както и различната форма, под която се предоставят парите (банкова карта / микросметка / електронно портмоне / предплатена карта), не представляват характеристики на стоките, които изключват тяхната взаимозаменяемост. Ответникът изтъква като съществена разликата, че електронните пари се издават без откриването на каквато и да е сметка и се ползват чрез иновативни платежни инструменти (мобилен телефон и „PayPass“ стикер В случая, обаче, това са технологични особености, които не променят вида и предназначението на услугата - извършване / получаване на плащане по електронен път, като парите могат да се получат и в брой. И при двете страни е възможно плащане да се извърши чрез телефон, карта или компютър. Така например при ползване на микросметката чрез сайта ePay.bg (достъп чрез компютър или мобилен телефон) абонатът на услугата може да нарежда и получава плащания (за стоки, услуги или парични преводи, включително от и до други абонати на микросметки). При ползване на „iPAY Електронно Портмоне“ (сметка за електронни пари) клиентът чрез мобилно приложение „iPAY Mobile“ или чрез сайта ipay.bg, или чрез стикера iPAY Tag може да извършва парични преводи, идентични на описаните в предходното изречение. И при

двете услуги е необходим осигурен интернет достъп. Микросметката и електронните пари се „захранват“ / „зареждат“ чрез дебитна / кредитна карата, банкови парични преводи или чрез внасяне на пари в брой.

Предвид изложеното Комисията приема, че страните в настоящото производство са конкуренти на пазара на предоставянето на услуги, свързани с електронни плащания - превод на пари / заплащането на стоки или услуги по електронен път (електронни платежни услуги) чрез интернет на територията на страната, което е обективна предпоставка за прилагането на Глава VII от ЗЗК.

Молба от „Интеркарт Файнанс“ АД за привличане в настоящото производство на „Изипей“ АД като трето заинтересовано лице

В представеното пред Комисията становище „Интеркарт Файнанс“ отправя молба в производството да бъде привлечено „Изипей“ АД като трето заинтересовано лице.

Комисията счита така отправената молба за недопустима поради следните съображения: Съгласно чл. 43, ал. 2 от ЗЗК Комисията може да конституира заинтересовани лица по тяхно мотивирано искане във всеки момент на производството по глава XII от ЗЗК, каквото е настоящото производство. В случая молбата не е подадена от надлежна страна, съобразно изискванията на ЗЗК, поради което е недопустима и следва да бъде оставена без разглеждане.

Доколко поведението на ответното дружество, свързано с използването на „iPay“ (като част от използваната от него марка) и интернет сайтът „ipay.bg“ при предоставяне на услугите е в противоречие с добросъвестната търговска практика и уврежда или може да увреди интересите на молителя, следва да се прецени с оглед на повдигнатите от молителя твърдения, становището на ответника и установените в хода на проучването относими факти.

По чл. 35, ал. 2 от ЗЗК

Съставът на разпоредбата съдържа специална забрана за използването на фирма, марка или географско означение, идентични или близки до тези на други лица, по начин, който може да доведе до увреждане интересите на конкурентите.

Релевантно за приложението на чл. 35, ал. 2 от ЗЗК е установяването на действия по използване на чужда регистрирана марка, фирма или географско означение. Ако се установи, че е налице идентичност или сходство на един или повече елементи от марката, което е от естество да заблуди потребителите относно производителя на продукта, ще е налице използване на същите по начин, който може да доведе до увреждане на интересите на производителя на имитирания продукт. Задължителна предпоставка в случая е имитираният елемент (фирма, марка) да се свързва с продукт, притежаващ определена известност.

Според подателя на искането използваният от Интеркарт знак iPay е твърде близък до използваните от „Ипей“ АД търговски марки ePay и ePay.bg, което, предвид сходството на предлаганите от страните услуги, може да предизвика у потребителите заблуда относно компанията, която предоставя услугите и по този начин Интеркарт се възползва недобросъвестно от наложената вече и разпознаваема марка ePay.

В настоящия случай е необходимо да се вземе предвид същността на процесните услуги. Предлаганите услуги се изразяват в извършването и получаването на плащания по електронен път. Обичайно за участниците на този пазар е да използват думи като „pay“, „money“, „transaction“ или „transfer“ и др. при означаване на своята дейност. Тези думи могат да бъдат част от фирмено наименование, лого или марка. Както в страната, така и в ЕС са налице множество фирмени наименования и марки, използвани от дружества при предлагането на описаните услуги, които включват

посочените думи или техни производни. Поради това само по себе си използването на тези думи от стопанските субекти с подобно занятие не може да се приеме като способ за отличаването им едни от други, а по-скоро като означение, което насочва към предлаганите от тях услуги. Ето защо при използването им във фирма, марка или лого на дадено дружество, е необходимо включването и на допълнителни означения, които да са от естество да индивидуализират съответния доставчик на услугата и да го отграничат от останалите конкуренти.

Фирмата на подателя на искането (Ипей), както и използваните от него комбинирани и словни марки ePay и ePay.bg включват думата „pay“, а ответното дружество използва в дейността си комбинираната марка „iPAY.eu Payment Services“. Безспорно е, че подателят на искането е утвърден и разпознаваем на пазара с използваната от него фирма и марки (словната марка е прехвърлена на -9.08.2010 г., а комбинираната е предоставена за ползване на 12.12.2012 г.). Следва да се прецени дали ответното дружество използва сходно означение по начин, който може да заблуди потребителите относно лицето, което предоставя услугата. При анализа е необходимо да се извърши сравнение между двете означения с оглед на цялостния им визуален ефект, начина на тяхното използване и особеностите, свързани с предоставяните услуги.

Както беше посочено по-горе, използването на думата „Pay“ (на английски: плащам) е често срещано във фирмите и марките на участниците на процесния пазар и поради това същата не може да е обект на имитация. Словната и комбинираната марка, използвани от подателя на искането съществено се различават от комбинираната марка, използвана от ответното дружество, като разликите идват не само от словното съдържание на двете марки, а и от цялостния им визуален ефект, видно от установените факти - т. 5.1., 5.2. и т. 16. Комбинираната марка при ответника представлява последователно изписване на думите върху два цветни квадрата - сив и син, един до друг, което я прави строго индивидуална и отличителна. По този начин марката се изобразява при представянето ѝ в интернет и устройствата, свързани с предоставянето на услугата. Следва да се има предвид, че това е регистрирана марка на Общността (от м. януари 2012 г.), която е защитена и може да се използва във всяка една държава - членка на ЕС, а „Интеркат Файнанс“ АД използва тази марка с изричното разрешение на титуляра - „iPAY International S.A.“, регистриран в Люксембург. Използването от страна на ответното дружество при търговското обозначаване на предлаганите от него услуги „iPAY“ е част от словния елемент на марката iPAY.eu Payment Services и следователно е видно, че използването на iPAY цели не имитация на марката на молителя, а налагането на пазара на марката, която ответното дружество има право да ползва.

В твърдението на молителя акцентът за наличието на сходство при използваните марки е върху английските букви „e“ и „i“, които е възможно да се произнесат еднакво на български език, поради което и двете марки могат да се произнесат като „ипей“. Във връзка с това следва да се има предвид, че на пазара в страната отдавна са навлезли информационните технологии и електронни устройства, които в случая са необходими при предоставянето на процесните услуги. Това навлизане е съпроводено и с разпространението и използването на английски думи и изрази, свързани с тяхното наименование и употреба. Обосновано е да се приеме, че изписана на латиница буквата „e“ ще се прочете от всеки потребител според собствените му чуждоезикови познания, и само този който знае английски, може да се приеме, че ще я прочете като звука „и“. Въпреки това в дейността си при използване на марката молителят е утвърдил звученето ѝ като „и“ в марката „epay“, респективно нейното произнасяне „ипей“ на български език, а не „епей“. Що се отнася до произнасянето на марката на ответника "ipay" може също така да се приеме, че произнасянето на английската буква

„i“ като звука „ай“, когато е в началото на търговското име на продукта, до голяма степен е познато или най-малкото не е непознато за потребителите (включително и потенциалните такива) на услугата „iPayWallet“, тъй като, за да могат да използват тази услуга, те следва да притежават смартфон, на който може да се свали мобилното приложение „iPayWallet“ за смартфони. В последните години - още преди началото на 2012 г., откогато ответникът използва марката „iPAY.eu Payment Services“ - на пазара в България навлязоха серия устройства (не само смартфоните „iPhone“, но също и таблетите „iPad“, плеърите „iPod“ и т.н.), чиито търговски наименования също започват с английската буква „i“, която се произнася като „ай“, а не като „и“ и разпознаваемостта на звученето на техните имена подпомага изговарянето на марката на ответника със звука „ай“.

Друго релевантно обстоятелство е смисловото значение на използваните в началото на марките букви, които не са произволно избрани. При молителя буквата „e“ означава съкращение от „easy pay“ или „electronic pay“ - лесно или електронно плащане, а при ответника буквата „i“ произлиза от „international pay“ - международно плащане, каквато е една и от характеристиките на предлаганите от него услуги - т.е. предлаганите услуги се използват и за трансгранични парични преводи. С оглед изложеното, доколкото ответникът използва буквата „i“ като указание за характеристиката на предлаганата от него услуга, е обосновано да се приеме и на това основание, че липсва елементът недобросъвестност при избора на наименование на услугите, тъй като чрез този избор ответното дружество не цели имитация на молителя, а го обвързва със собствената си дейност и акцентира върху своята идентичност.

В подкрепа на твърденията за наличието на заблуда молителят представя доказателства за реално настъпила такава. Но в случая следва да се има предвид, че представените записи са на разговори с потребители, станали клиенти на ответника при предлагането на услугата в търговските центрове на Глобул като партньор на „Интеркарт Файнанс“ АД, а конкретната разновидност на тази услуга - „GLOBUL iPAY Wallet“ е невъзможно да се обърка с предлаганата от молителя услуга с марката „ePay“. Объркването е станало впоследствие (при търсене на координати за съдействие), а не по повод избора на услугата, респективно доставчика, в които случаи потребителят е направил своя информиран избор, подпомогнат от служителите на търговския партньор, преди да извърши покупка. Ето защо сочените случаи на объркване следва да се тълкуват в този контекст като изключение или грешка, а не като недобросъвестно целена заблуда на потребителите с оглед извличането на ползи от известността на конкурента „Ипей“ АД.

Също така следва да се има предвид и начинът на наименоване на разновидностите на услугите на ответника, свързани с начина на предоставянето им, представянето и рекламирането им пред потребителите - „iPayWallet“, „iPay Mobile“, „iPay MasterCard“, което ги прави разграничими от останалите услуги на пазара и ги обвързва чрез включването на „iPay“ в названието с техния доставчик „Интеркарт Файнанс“ АД. Този извод е валиден и за най-широко рекламираната разновидност на услугата - предлаганото електронно портмоне чрез мобилния телефон съвместно с мобилен оператор, като неговото лого - „GLOBUL“ е водещо в наименованието. Ето защо като се има предвид и изображенията на тези брандове, не е възможно възникването на заблуда у потребителя по отношение на доставчика на услугите. Същите се предлагат предимно в офисите на ответника и на Глобул, но е възможно това да се извърши и чрез интернет сайта на ответника, където също ясно и незаблуждаващо е означено както името на услугата ведно със съответното наименование на конкретната разновидност, така и името на дружеството, което я предоставя и съответно общностната марка „iPAY.eu Payment Services“. От друга страна

в дейността на подателя на искането, освен марката „ePay“, се използва и марката „easypay“, като и двете ясно и възприемчиво са изобразени при предлагането на услугите. Друго съществено обстоятелство, което следва да се отбележи, е дейността на ответника, която включва и издаването на кредитна карта „iCard“ (от 2007 г.) и предплатена карта „Giftcard“ (от 2009 г.) и използваните във връзка с това интернет сайтове „icard.bg“ и „icard.com“, както и регистрираните по повод на това търговски марки (iCARD, Giftcard, Гифткарт, giftcard.bg и Giftcard). Поради това следва да се приеме, че дружеството е известно и разпознаваемо сред потребителите, още от 2007 г., т.е. четири години преди регистрацията му като дружество за електронни пари. В този период дружеството налага на пазара своите продукти като обвързва наименованието им с вида на предлаганата услуга. Така например посочената предплатена карта - Giftcard е по своята същност е предплатена карта за подаръци, от английската дума „gift“ - подарък. В този смисъл е необосновано да се приеме, че при предлагането на услугите, свързани с електронни разплащания, дружеството, използвайки марка, която включва означението „iPay“, цели да имитира и да се възползва от утвърдената на молителя марка „ePay“, като привлече клиенти по недобросъвестен начин. Както е посочено по-горе, ответникът е надлежно оправомощен да използва общностната марка „iPAY.eu Payment Services“, а същата марка се използва активно и в ЕС при предоставяне на същите услуги.

От значение при избора на потребителя в случая са и технологичните особености, свързани с активирането и предоставянето на взаимозаменяемите услуги от двете дружества. Видно от установените факти, при подателя на искането регистрацията се осъществява и услугата основно се предоставя чрез интернет сайта „ePay.bg“, докато при ответника акцентът е върху мобилното приложение при използване на електронните пари, а регистрацията отново е чрез СМС. Тези особености се отразяват върху предпочитанията на потребителите и в още по-голяма степен допринасят за разграничаването на страните при предлаганите от тях услуги.

С оглед изложеното по-горе Комисията счита, че констатираните случаи на объркване сред потребителите следва да се приемат като изключение или грешка, а не като настъпили в резултат на недобросъвестно целена заблуда по смисъла на изискванията на състава на процесната забрана за имитация.

Ето защо, водена от гореизложеното Комисията приема, че при използването в своята дейност на означението „iPay“ като част от общностната марка „iPAY.eu Payment Services“ „Интеркарт Файнанс“ АД не извършва нарушение по чл. 35, ал. 2 от ЗЗК, изразяващо се в имитация на фирмата на ответника и използваните от него марки.

По чл. 35, ал. 3 от ЗЗК

Разпоредбата забранява използването на домейн или външен вид на интернет страница, идентични или близки до тези на други лица, по начин, който може да доведе до заблуждение и/или да увреди интересите на конкурентите. Фактическият състав може да се осъществи по два основни начина - чрез използването на сходен домейн или чрез използване на сходен външен вид на Интернет страница, като идентичността или сходството се преценява без нуждата от специализирани знания и умения.

В настоящия случай твърденията на подателя на искането се отнасят до сходството на домейна на ответника („iPay.bg“ - регистриран през 2009 г. и активен от м. април 2012 г.) с използвания от „Ипей“ АД домейн („ePay.bg“ (регистриран и активен от 1999 г.).

Необходимо е да се отбележи, че по отношение на домейна от първо ниво - „.bg“ (код bg е запазен за България), който се използва и от двете дружества, не следва да се обсъжда дали е на лице сходство, тъй като той определя принадлежността на

домейна от второ ниво (който следва да е индивидуализиращ) към домейна от първо ниво, отговарящ за определена структура - държава, търговска или неправителствена организация. Домейните от първо ниво, в настоящия случай национални домейни, не носят особена отличителност за конкретни лица, а представят обща информация и за двата домейна от второ ниво - т.е., че са регистрирани по признак държавна принадлежност - български интернет страници.

Съществен елемент от фактическия състав на нарушението по чл. 35, ал. 3 от ЗЗК е начинът на използване на даден домейн. За съставомерността на деянието е необходимо този начин да е такъв, че да доведе или да е възможно да доведе до заблуда или объркване на потребителите и по този начин да увреди интересите на конкурентите. Подобно на състава на чл. 35, ал. 2 и тук като условие за допускане на възможността за имитация е наличието на определена наложена на пазара известност на търговеца или на предлаганите от него стоки или услуги, което би могло да донесе незаслужени ползи на недобросъвестния (имитиращия) търговец.

Безспорно подателят на искането се е утвърдил и е разпознаваем сред потребителите с използването на домейна си и интернет страницата „pay.bg“ от 1999 г. до настоящия момент при предлаганите от него услуги. По отношение на думата „pay“ по-горе беше подробно анализирано и значението ѝ при използването ѝ от участниците на съответния пазар в техните фирми и марки. Тези констатации са валидни и по отношение на използването ѝ в домейните, като същите не следва да бъдат повтаряни. Изводът е, че поради спецификата на предоставените услуги и наложената обичайна практика тази дума не може да се приеме като означение от естество да индивидуализира конкретния стопански субект, а по-скоро насочва към предлаганите от него услуги. Изложените в анализа по разпоредбата на чл. 35, ал. 2 съображения относно структурата, изписването, произнасянето и логическата обвързаност на търговското име, под което се предлагат услугите, и цялостната преценка за липсата на имитация са валидни в настоящия случай и не следва да се повтарят. Следва да се отбележи, че видно от т. 20 от установените факти и цялостният външен вид на интернет страниците на страните по настоящата преписка достатъчно добре се различават една от друго по отношение на избраните цветове, подредба на меню, изобразяване на марки, както и подробно представяне и описание на предлаганите услуги със съответните технологични особености, които подробно са обсъдени по-горе и допринасят в още по-голяма степен за отграничаването на двете дружества. Също така в случая е от значение и обстоятелството, че домейнът на ответното дружество е част от наименованието на комбинираната общностна марка „iPAY.eu Payment Services“, защитена в ЕС, която „Интеркарт Файнанс“ АД е оправомощено да използва. Поради това използването на домейна в търговската дейност на дружеството е обичайна търговска практика и предвид изложените по-горе аргументи, същият не заблуждава потребителите относно доставчика на предлаганите услуги.

С оглед на гореизложеното, Комисията приема, че с използването на интернет домейна и интернет страницата „ipay.bg“ дружеството не извършва нарушение по чл. 35, ал. 3 от ЗЗК.

По чл. 29 от ЗЗК

Нормата на чл. 29 от ЗЗК има самостоятелно приложение и не е обвързана със задължителното наличие на обстоятелства по някой от следващите текстове на закона. Изричното обособяване на най-характерните и най-често срещани форми на нелоялна конкуренция в чл. 30-37 от ЗЗК не е лимитативно, като не изключва възможността с други действия или бездействия в противоречие с добросъвестната търговска практика да се увредят или да се поставят в опасност от увреждане интересите на конкурентите

в отношенията помежду им, т. е. да бъдат изпълнени визираните в чл. 29 предпоставки. Така предвиждането на специални състави не изключва самостоятелното приложение на чл. 29 от ЗЗК, а само го ограничава върху случаите, когато нарушението не може да се квалифицира по чл. 30-37 от ЗЗК.

Прилагането на общата забрана за нелоялна конкуренция паралелно със специалните състави по Глава седма е възможно, ако са налице изложени твърдения за такова действие или бездействие, което е различно от описаните в специалните състави, но би могло да съставлява нарушение на общата забрана за извършване на стопанска дейност в противоречие с добросъвестната търговска практика.

В искането си „Ипей“ АД счита, че описаното поведение на „Интеркарт Файнанс“ АД попада и под общата забрана за нелоялна конкуренция по чл. 29, доколкото налагането на стоки и услуги чрез използването на известността на свой конкурент е недобросъвестно и уврежда интересите на последния. Тъй като описаното поведение е обсъдено по-горе и въз основа на анализа е изведен изводът, че не е извършено нарушение по чл. 35, ал. 2 и 3 от ЗЗК и тъй като няма твърдения от подателя на искането за наличието на други недобросъвестни действия от страна на „Интеркарт Файнанс“ АД по смисъла на Глава VII от ЗЗК, Комисията счита, че няма основания за прилагане на разпоредбата на чл. 29 от ЗЗК.

Предвид изложеното, Комисията приема, че от страна на „Интеркарт Файнанс“ АД не е извършено нарушение по смисъла по чл. 29 от ЗЗК.

Представеното преди разглеждането на преписката в открито заседание на Комисията писмено становище на пълномощника на „Ипей“ АД, както и писменото становище на пълномощника на „Интеркарт Файнанс“ АД представено в откритото заседание на Комисията не поражда основания за внасяне на промени в установените факти по преписката и направените въз основа на тях правни изводи.

По отношение на искането за разноски

Във връзка с искането за разноски, направено от „Ипей“ АД в открито заседание, следва да се отбележи, че съгласно чл. 69, ал. 4 от ЗЗК, когато Комисията постанови решение за установяване на извършено нарушение по закона, възлага на нарушителя направените по производството разноски, ако са поискани от страните. Ако не бъде установено нарушение, както е в настоящия случай, разноските остават за страните така, както са направени.

С оглед на гореизложеното и на основание чл. 98, ал. 1, т. 3 и чл. 69, ал. 4 от ЗЗК, Комисията за защита на конкуренцията

РЕШИ:

УСТАНОВЯВА, ЧЕ НЕ Е ИЗВЪРШЕНО НАРУШЕНИЕ по чл. 29, чл. 35, ал. 2 и ал. 3 от страна на „Интеркарт Файнанс“ АД, с ЕИК 175325806, със седалище и адрес на управление гр. София, район Лозенец, бул. „Джеймс Баучер“ № 76 А.

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на „Ипей“ АД за възлагане на разноски.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.