

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DM/2016/207286
Zaaknummer: 15.1073.53

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt naar aanleiding van een aanvraag om een beschikking als bedoeld in artikel 56, lid 1, van de Mededingingswet.

I. INLEIDING

1. Op 3 november 2015 ontving de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een handhavingsverzoek van HBO-Advanced BV, handelend onder de naam Cafetaria Onder de Linde te Arnhem. Cafetaria Onder de Linde (hierna: OdL) is een aanbieder van friet en snacks die consumenten kunnen afhalen of laten bezorgen.
2. Het verzoek van OdL aan ACM is om handhavend op te treden tegen Takeaway.com BV, in Nederland handelend onder de naam Thuisbezorgd.nl. Thuisbezorgd.nl is een online platform waarop consumenten restaurants zoeken en vergelijken en waarop zij maaltijden¹ kunnen bestellen. De consument kiest een aanbieder uit een overzicht van restaurants in de buurt en bestelt de gewenste maaltijd via Thuisbezorgd.nl. De consument betaalt aan Thuisbezorgd.nl de maaltijdprijs plus eventuele bezorgkosten. Dit bedrag draagt Thuisbezorgd.nl vervolgens af aan de aanbieder. De consument betaalt aan Thuisbezorgd.nl ook een vergoeding voor de transactiekosten van online betalen (zoals iDeal of Creditcard).² De aanbieder bereidt de maaltijd en bezorgt deze zelf bij de consument. Het restaurant draagt per bestelling een commissie af aan Thuisbezorgd.nl. Dit betreft een percentage van de omzet die het restaurant met de bestellingen behaalt.
3. ACM gaat hierna achtereenvolgens in op:
 - *De inhoud van het handhavingsverzoek van OdL;*
 - *Het toetsingskader, waaronder het prioriteringsbeleid van ACM en het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten;*
 - *De relevante feiten en omstandigheden;*
 - *De beoordeling van het handhavingsverzoek op basis van het toetsingskader;*
 - *De conclusie van ACM over het handhavingsverzoek van OdL; en*
 - *Het besluit van ACM.*

¹ Hieronder vallen ook dranken en aanverwante artikelen (zoals desserts).

² Begin 2016 heeft ACM geconstateerd dat onder meer Thuisbezorgd.nl te hoge kosten rekende voor betaling met iDeal of Creditcard. Thuisbezorgd.nl heeft deze kosten vervolgens verlaagd. Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15210/Bedrijven-verlagen-kosten-voor-betaling-internetaankopen-na-optreden-ACM/>.

II. INHOUD VAN HET HANDHAVINGSVERZOEK

4. Volgens het handhavingsverzoek heeft OdL zich op 2 maart 2015 aangesloten op Thuisbezorgd.nl. Thuisbezorgd.nl heeft deze overeenkomst per 1 oktober 2015 opgezegd. Volgens OdL was deze opzegging onrechtmatig en leverde dit misbruik van een economische machtspositie op in de vorm van een leveringsweigering. Thuisbezorgd.nl zou verder ten onrechte de domeinnaam www.cafetariaonderdelinde-arnhem.nl vasthouden, zodat consumenten niet via een eigen verkoopkanaal direct bij OdL konden bestellen.
5. Het handhavingsverzoek heeft ook betrekking op een specifieke bepaling die Thuisbezorgd.nl hanteert in haar algemene voorwaarden voor restaurants. Die bepaling hield in eerste instantie, namelijk vanaf juli 2015, in dat OdL op geen enkel ander verkoopkanaal lagere prijzen mocht rekenen dan de prijzen op Thuisbezorgd.nl ('laagste-prijsgarantie'). Thuisbezorgd.nl heeft haar algemene voorwaarden op dit punt eind augustus 2015 gewijzigd.³ Vanaf dat moment houdt de bepaling in dat OdL op haar eigen website en menukaart gelijke prijzen, inclusief kortingen, voor producten moet hanteren als op Thuisbezorgd.nl ('gelijke-prijsgarantie').
6. OdL is begin 2016 weer aangesloten op Thuisbezorgd.nl. Het feit dat OdL weer aangesloten is op Thuisbezorgd.nl impliceert dat de vermeende leveringsweigering van Thuisbezorgd.nl niet meer aan de orde is. OdL is inmiddels ook een direct verkoopkanaal gestart via www.onderdelinde.eu. OdL heeft aangegeven dat het probleem van het vasthouden van de domeinnaam daarom niet meer relevant is. Daarnaast is OdL aangesloten op een vergelijkbaar online platform, namelijk Hungry.nl. Tot voor kort was OdL ook aangesloten op het online platform JustEat.nl (hierna: Just Eat).⁴ Volgens OdL is echter nog steeds sprake van een overtreding van de mededingingsregels door de huidige gelijke-prijsgarantie van Thuisbezorgd.nl.⁵ ACM richt zich daarom hierna op deze specifieke bepaling in de algemene voorwaarden van Thuisbezorgd.nl voor restaurants.

III. TOETSINGSKADER

7. ACM ontvangt meer verzoeken om handhaving en signalen over mogelijke overtredingen, dan zij gelet op haar onderzoekscapaciteit in onderzoek kan nemen. Daarom moet ACM prioriteiten stellen. Dit doet ACM op basis van haar prioriteringsbeleid.⁶ ACM gebruikt de volgende criteria op basis waarvan zij verzoeken om handhaving beoordeelt: (1) hoe

³ Zie documentnummer 2015308632, bijlagen '20150825-Terms_and_Conditions_NL.pdf' en '20150716 - Terms_and_Conditions_NL (3).pdf'. Zie ook documentnummer 2016100647. Volgens Thuisbezorgd.nl is de laagste-prijsgarantie abusievelijk aan de algemene voorwaarden toegevoegd en daarom een maand later door Thuisbezorgd.nl hersteld. Zie documentnummer 2016308740.

⁴ Thuisbezorgd.nl nam op 2 augustus 2016 Just Eat Benelux over. Tot dat moment was Just Eat voor restaurants en voor consumenten een alternatief online platform voor het bestellen van maaltijden.

⁵ Zie documentnummers 2016201330, 2016301606, 2016301652 en 2016301653.

⁶ Zie: 'Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt', ACM/DJZ/2016/200888, Staatscourant 2016, nr. 14564, 18 maart 2016.

schadelijk het gedrag is waarop het verzoek of het signaal ziet voor de consumentenwelvaart, (2) hoe groot het maatschappelijk belang is bij het optreden van ACM en (3) in hoeverre ACM in staat is doeltreffend en doelmatig op te treden.

8. De gelijke-prijsgarantie waarop het handhavingsverzoek van OdL ziet vormt onderdeel van een 'verticale overeenkomst' tussen Thuisbezorgd.nl en aangesloten restaurants. Dit soort overeenkomsten valt onder de toetsing van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw). Op basis van artikel 6, lid 1, Mw ('kartelverbod') zijn overeenkomsten tussen ondernemingen verboden die bedoeld zijn om de concurrentie op de markt te verhinderen, beperken of vervalsen, ofwel dat tot gevolg hebben.⁷
9. Over de prioritering van verticale overeenkomsten heeft ACM in april 2015 het document 'Het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten' gepubliceerd. Bij de keuze om nader onderzoek te doen naar een verticale overeenkomst staat het effect op de consumentenwelvaart centraal. In lijn met het 'Toezicht van ACM op verticale overeenkomsten' maakt ACM bij signalen en handhavingsverzoeken over verticale overeenkomsten een eerste inschatting van de mogelijke schadelijke effecten op de consumentenwelvaart. Dit heeft het karakter van een 'initieel inhoudelijk onderzoek'.
10. Er bestaan specifieke bepalingen in verticale overeenkomsten voor (online) platforms, namelijk de zogenoemde '*across platform parity agreements*' (APPA's).⁸ Er zijn twee soorten APPA's te onderscheiden. Bij een 'brede APPA' stemt de aanbieder ermee in dat de prijs voor zijn product of dienst op het desbetreffende platform niet hoger is dan op enig ander verkoopkanaal (dus op andere online platforms en op eigen verkoopkanalen).⁹ Bij een 'smalle APPA' beperkt de aanbieder zich er toe dat de prijs op het desbetreffende platform niet hoger is dan op eigen verkoopkanalen.
11. Ter illustratie beschrijft ACM hierna wat in theorie de mogelijke nadelen kunnen zijn van een smalle APPA, in dit geval een 'gelijke-prijsgarantie', en welke voordelen hier tegenover kunnen staan.

⁷ Artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) noemt expliciet "*het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden*" als verboden mededingingsbeperking. Als is voldaan aan bepaalde criteria, kan voor overeenkomsten een uitzondering op dit zogenoemde 'kartelverbod' gelden (artikel 6, lid 3, Mw). Daarnaast is er een uitzondering op het kartelverbod voor bepaalde groepen verticale overeenkomsten. Deze 'groepsvrijstelling' is vastgesteld in Verordening 330/2010 inzake de toepassing van artikel 101, lid 3, VWEU (de Verordening). De Europese Commissie neemt aan dat de groepen overeenkomsten die vallen onder deze groepsvrijstelling gewoonlijk voldoen aan de uitzonderingscriteria van lid 3 van artikel 101 VWEU (en artikel 6 Mw). Dit is alleen het geval als het marktaandeel van elk van de bij de verticale overeenkomst betrokken ondernemingen op de relevante markt niet hoger is dan 30%. Verticale overeenkomsten die een zogenoemde 'hardcore beperking' bevatten vallen niet onder deze groepsvrijstelling. Voorbeelden hiervan zijn verticale prijsbinding en absolute gebiedsbescherming.

⁸ Verschillende autoriteiten in Europa hebben zich in 2015 uitgelaten over APPA's van online platforms waarop consumenten hotelkamers kunnen boeken, zoals Booking.com en HRS.

⁹ Zie in dit verband ook 'Scenario 4. Laagste prijsgarantie bij platforms (APPA)' op pagina 24 van het 'Toezicht van ACM op verticale overeenkomsten'.

(i) Wat zijn de mogelijke nadelen van een smalle APPA?

Een gelijke-prijsgarantie bepaalt dat er geen verschil mag zijn tussen de prijzen van producten op het platform en de prijzen op het directe verkoopkanaal van aangesloten aanbieders. Hierdoor kan het platform een prikkel hebben om haar commissies voor aanbieders te verhogen. Aanbieders kunnen de hogere commissie niet enkel doorberekenen in de prijs op het platform, maar alleen tegelijkertijd met de prijs op het directe verkoopkanaal. Het doorberekenen van een commissieverhoging leidt aldus tot hogere prijzen op beide verkoopkanalen. Zo vermindert de gelijke-prijsgarantie de concurrentiedruk die de aangesloten aanbieders uitoefenen op het platform.

Een gelijke-prijsgarantie zorgt er mogelijk ook voor dat een platform teveel investeert in de kwaliteit van het platform.¹⁰ Een hoge kwaliteit trekt consumenten naar het platform. Het platform heeft dus een prikkel om hierin te investeren, en dat is op zichzelf goed. Een gelijke-prijsgarantie impliceert echter dat de kosten van de kwaliteit van het platform niet alleen worden gedragen door consumenten die gebruik maken van het platform, maar ook door consumenten die gebruik maken van het directe verkoopkanaal van een op het platform aangesloten aanbieder. Hierdoor waarderen consumenten die op het platform kopen de kwaliteit van het platform, maar 'voelen' niet de volledige kosten hiervan in de vorm van een hogere prijs. Dit kan het platform een prikkel geven om meer in de kwaliteit van het platform te investeren dan optimaal is vanuit het perspectief van consumenten.

(ii) Wat zijn de mogelijke voordelen¹¹ van een smalle APPA?

Zonder een gelijke-prijsgarantie zouden aangesloten aanbieders kunnen meeliften op de inspanningen van het platform. Het platform spant zich in om een transactie tussen de consumenten en de aangesloten aanbieders tot stand te brengen. Hiervoor maakt het onder meer automatiserings- en marketingkosten. Zonder een gelijke-prijsgarantie hebben aanbieders de mogelijkheid om hun producten voor een lagere prijs op het eigen verkoopkanaal aan te bieden dan op het platform. Hierdoor profiteren aanbieders van de inspanningen van het platform zonder daarvoor te hoeven betalen. Zo loopt het platform inkomsten mis, wat de kwaliteit of het bestaan van het platform kan bedreigen.

Een ander mogelijk voordeel van een gelijke-prijsgarantie is dat consumenten erop kunnen vertrouwen dat de prijzen voor de producten op het platform niet hoger zijn dan de prijzen op het directe verkoopkanaal. Dit verlaagt de zoekkosten van consumenten. Het platform zorgt er zo voor dat consumenten gemakkelijker aanbieders onderling met elkaar kunnen vergelijken op bijvoorbeeld prijs en kwaliteit.¹²

¹⁰ Zie voor een uitgebreide onderbouwing van dit argument Benjamin Edelman en Julian Wright, 'Price Coherence and Excessive Intermediation', *Quarterly Journal of Economics*, 130(3): 1283-1328, 2015.

¹¹ De Verordening geeft aan dat verticale overeenkomsten de economische efficiëntie binnen een productie- of distributieketen kunnen bevorderen door een betere coördinatie tussen de deelnemende ondernemingen mogelijk te maken. In het bijzonder kunnen zij tot een vermindering van de transactie- en distributiekosten van de partijen leiden en tot een optimalisering van de hoogte van hun verkoop en investeringen. Zie randnummer 6 in de Verordening.

¹² Meerdere platforms bieden consumenten de mogelijkheid om beoordelingen (recensies) achter te laten. Bezoekers kunnen deze beoordelingen meenemen in hun beslissing om voor de ene of de andere aanbieder te kiezen.

IV. PROCEDURE

12. ACM is naar aanleiding van het handhavingsverzoek van OdL een initieel inhoudelijk onderzoek gestart. ACM is hierbij uitgegaan van het door OdL ingediende handhavingsverzoek inclusief de later door OdL aangeleverde aanvullende stukken.
13. ACM heeft contact gehad en informatie opgevraagd bij relevante partijen, waaronder Thuisbezorgd.nl en partijen met een vergelijkbaar concept, te weten: Sneuten.nl, Just Eat en Hungry.nl. Onder andere heeft er op 4 oktober 2016 een bespreking plaatsgevonden met Thuisbezorgd.nl. Daarnaast heeft branchevereniging Koninklijke Horeca Nederland (hierna: KHN) informatie aangeleverd op verzoek van ACM. Ook heeft ACM telefonische interviews gehouden met franchisegevers van landelijke restaurantketens over het (online) bestellen en bezorgen van maaltijden. Tot slot heeft ACM 'openbare' bronnen geraadpleegd waaronder het GfK-rapport '*Pick up & Delivery: Channel Insights*' over het afhalen en bezorgen van maaltijden van maart 2016 (hierna: GfK-rapport 2016)¹³ en berichten in de media over de ontwikkelingen op het gebied van het online bestellen van maaltijden.¹⁴
14. ACM heeft OdL schriftelijk op de hoogte gebracht van de termijn waarbinnen ACM verwacht haar besluit op het handhavingsverzoek te nemen.¹⁵ Op 7 maart 2016 heeft ACM telefonisch contact opgenomen met OdL. Op 7 en 9 maart 2016 heeft OdL per e-mail nadere gegevens verstrekt. Daarna heeft ACM nog telefonisch contact gehad met OdL over de afhandeling van het ingediende handhavingsverzoek.

V. RELEVANTE FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

15. Hierna schetst ACM de relevante feiten en omstandigheden. ACM gaat achtereenvolgens in op:
 - *De gelijke-prijsgarantie van Thuisbezorgd.nl;*
 - *Online platforms voor het bestellen van maaltijden;*
 - *Aanbieders van bezorgmaaltijden;*
 - *Het consumentengedrag; en*
 - *Enkele relevante marktontwikkelingen.*
16. Uit de hiernavolgende beschrijving blijkt allereerst dat de gelijke-prijsgarantie van

¹³ GfK heeft aan haar online consumentenpanel twee screeningsvragen voorgelegd. GfK vroeg welk type maaltijd zij hebben besteld in de periode van oktober tot en met december 2015 en van welke aanbieder(s) van maaltijden zij in deze periode gebruik hebben gemaakt. Uit de (n=) 53.053 respondenten is vervolgens een representatieve groep van 4.979 respondenten geselecteerd, waaraan een uitgebreidere vragenlijst is voorgelegd. Deze vragen gingen onder meer over de reden voor bestelling van een maaltijd, de wijze waarop een maaltijd wordt besteld en de prestaties van de aanbieders van maaltijden. De (n=) 4.979 respondenten betreffen consumenten van 15 jaar en ouder die in de periode van oktober tot en met december 2015 een maaltijd hadden afgehaald of hadden laten bezorgen. Zie pagina 137 van het GfK-rapport 2016 en documentnummer 2016204583.

¹⁴ Zie hierna in randnummers 31-33.

¹⁵ Overeenkomstig artikel 4:14 van de Algemene wet bestuursrecht.

Thuisbezorgd.nl enkel betrekking heeft op het eigen (directe) verkoopkanaal van aangesloten restaurants en dus een 'smalle APPA' betreft. Daarnaast komt onder meer naar voren dat er verschillende online platforms actief zijn op het gebied van het bestellen en bezorgen van maaltijden. Verder blijkt dat consumenten in de praktijk gebruik maken van verschillende verkoopkanalen: via online platforms of direct bij het restaurant zelf (online of telefonisch). Ten slotte is er sprake van een groeimarkt en een grote marktdynamiek die zorgen voor toetreding en nieuwe innovatieve concepten.

De gelijke-prijsgarantie van Thuisbezorgd.nl

17. Thuisbezorgd.nl hanteert sinds augustus 2015 een gelijke-prijsgarantie in de met restaurants overeengekomen algemene voorwaarden. Uit de huidige algemene voorwaarden blijkt dat de prijzen op het platform gelijk moeten zijn aan de prijzen die het restaurant voor de producten rekent op de *eigen website en menukaart*, inclusief kortingen. De gedachte hierachter volgens Thuisbezorgd.nl is dat het voor de consument niet mag uitmaken of hij bestelt via Thuisbezorgd.nl of rechtstreeks bij het restaurant.¹⁶
18. De gelijke-prijsgarantie die Thuisbezorgd.nl hanteert betreft een zogenaamde 'smalle APPA' (zie randnummer 10). Dit in tegenstelling tot een 'brede APPA' die restaurants ook zou verplichten om prijzen en kortingen op *andere (online) platforms* gelijk te houden aan die van Thuisbezorgd.nl. De gelijke-prijsgarantie strekt zich ook niet uit over de prijzen die het restaurant rekent aan consumenten voor afhaalmaaltijden.¹⁷
19. In het kader van de gelijke-prijsgarantie voert Thuisbezorgd.nl controles uit. De klantenservice van Thuisbezorgd.nl spreekt restaurants erop aan als uit een controle blijkt dat er sprake is van prijsverschillen tussen het platform en het eigen verkoopkanaal. In deze contacten is het een aantal keer voorgekomen dat de klantenservice van Thuisbezorgd.nl als referentie de prijzen op andere platforms noemde. In deze gevallen werd de gelijke-prijsgarantie mogelijk door restaurants opgevat als een laagste-prijsgarantie waardoor zij de prijzen op andere online platforms gelijk maakten aan die op Thuisbezorgd.nl.¹⁸ Thuisbezorgd.nl heeft recent de klantenservice opnieuw geïnstrueerd op dit punt. Hierdoor komt in de contacten met restaurants explicieter naar voren dat de gelijke-prijsgarantie uitsluitend betrekking heeft op de prijzen van restaurants op de *eigen website en menukaart* en dat het restaurants vrij staat om op *andere (online) platforms* andere prijzen te hanteren.¹⁹

¹⁶ Zie documentnummer 2016403863.

¹⁷ Zie documentnummer 2016100647.

¹⁸ Zie documentnummers: 2016307602, 2016405910, 2016405911, 2016406076, 2016205400, 2016406087, 2016307681, 2016205498, 2016205796 en 2016406214.

¹⁹ Zie documentnummers: 2016308033, 2016406432, 2016205781, 2016406754, 2016406754, 2016308401, 2016308740 en 2016308816.

Online platforms voor bestellen van maaltijden

20. Thuisbezorgd.nl kenmerkt zich als een online platform. Het maakt een transactie mogelijk tussen verschillende groepen gebruikers, te weten restaurants enerzijds en consumenten anderzijds. Het gaat hierbij om *restaurants* die in staat zijn om hun maaltijden te bezorgen bij de consument²⁰ en om *consumenten* die graag een maaltijd waar ze niets meer aan hoeven te doen, bezorgd willen hebben. Restaurants betalen alleen een commissie aan het platform, als het platform een transactie met een consument voor hen tot stand heeft gebracht. Voor consumenten is het gebruik van het platform gratis. De consument betaalt alleen als hij een bestelling plaatst via het platform (*bestel- en betaalfunctie*). Daarnaast verzorgt het platform een *zoek- en vergelijkfunctie* voor consumenten. Consumenten kunnen er op zoek gaan naar een maaltijd of een restaurant en de recensies van gebruikers over aangesloten restaurants lezen.
21. Een (online) platform heeft specifieke economische kenmerken.²¹ Een online platform waarop consumenten maaltijden kunnen bestellen is aantrekkelijker voor consumenten naarmate er meer restaurants zijn aangesloten. De zoek- en vergelijkfunctie van het platform neemt in waarde toe naarmate er meer restaurants zijn aangesloten. Tegelijkertijd neemt de aantrekkelijkheid van het platform voor restaurants toe naarmate meer consumenten de website bezoeken. Dit zijn zogenoemde 'netwerkeffecten'. Platforms als Thuisbezorgd.nl moeten voldoende restaurants en consumenten aan zich binden om waardevol te zijn. Platforms proberen zo snel mogelijk een massa gebruikers aan te trekken (bijvoorbeeld door intensief te adverteren) om zodoende deze netwerkeffecten aan te jagen. De aparte concurrentiedynamiek van platforms zorgt ervoor dat platforms kunnen uitgroeien tot grote marktspeleers.
22. Naast Thuisbezorgd.nl zijn er andere online platforms met een vergelijkbaar concept zoals: Hungry.nl en Sneleten.nl. Uit initieel inhoudelijk onderzoek van ACM blijkt dat er in augustus 2016 meer dan 6000 restaurants waren aangesloten op Thuisbezorgd.nl, ongeveer 2300²² op Hungry.nl en ongeveer 1800 op Sneleten.nl. Hungry.nl is sinds 1 september 2015 beschikbaar voor Nederlandse consumenten. Volgens het GfK-rapport 2016 is Hungry.nl erin geslaagd om een stevige positie te verwerven.²³ Daarnaast bestaan er platforms die naast een bestel- en betaalfunctie tegelijkertijd een bezorgfunctie bieden, zoals Deliveroo en Foodora.²⁴
23. De verschillende online platforms onderscheiden zich richting restaurants op één of meer van de volgende factoren: hoogte van de commissie, andere kosten (zoals

²⁰ Recent is Thuisbezorgd.nl in enkele steden gestart met het zelf bezorgen voor restaurants. Zie bijvoorbeeld:

'Thuisbezorgd.nl gaat nu ook in eigen land zelf bezorgen' d.d. 15 april 2016 in Twinklemagazine.nl.

²¹ In de literatuur worden platforms beschreven als 'tweezijdige markten'. Zie onder meer: D. Evans & R. Schmalensee, 'The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms', *Competition Policy International*, Vol. 3, No. 1, 2007.

²² Hungry.nl verwacht dat [VERTROUWELIJK] restaurants zijn aangesloten eind 2016.

²³ Zie pagina 8 van het GfK-rapport 2016.

²⁴ Zie bijvoorbeeld: Missethoreca, 'Bezorgservices restaurants? *'Het is absoluut lucratief'*', 23 juni 2016.

administratiekosten), algemene voorwaarden, bezorgfunctie, klantenbereik, marketinginspanningen en gebruikersgemak. Hungry.nl en Sneuten.nl hanteren bijvoorbeeld geen laagste- of gelijke-prijsgarantie.²⁵ Richting consumenten onderscheiden online platforms zich bijvoorbeeld op gebruikersgemak, acties en kortingen en aantal aangesloten restaurants.

Aanbieders van bezorgmaaltijden

24. Volgens KHN waren er in Nederland in 2015 ongeveer 23.000 eetgelegenheden. Tussen de 9.500 en 13.500 eetgelegenheden hebben een bezorgfunctie.²⁶ Van de eetgelegenheden met een bezorgfunctie is een aanzienlijk deel aangesloten op één of meerdere online platform(s).
25. Uit het GfK-rapport 2016 blijkt onder meer dat de marktomvang voor maaltijdbezorging en afhalen 876 miljoen porties per jaar is. Daarvan betreft 64% afhaalmaaltijden (ongeveer 560 miljoen porties) en 36% bezorgmaaltijden (ongeveer 315 miljoen porties).²⁷
26. Er zijn restaurantketens die meerdere filialen verspreid over het land hebben. Een aanzienlijk deel van de bestellingen bij Thuisbezorgd.nl is bestemd voor een restaurantketen.²⁸ Voorbeelden van bekende restaurantketens op het gebied van bezorgmaaltijden zijn: Domino's Pizza, New York Pizza, Bezorgbeer, Spare Rib Express, Sushi Point, Taco Mundo en Sumo.²⁹ Deze restaurantketens hebben een eigen *online* verkoopkanaal in de vorm van een eigen website met bestel- en betaalfunctie. Dit eigen verkoopkanaal bestaat naast een eventuele aansluiting van een filiaal op een online platform zoals Thuisbezorgd.nl. Uit het initieel inhoudelijk onderzoek van ACM blijkt dat sommige restaurantketens in meer of mindere mate in staat zijn om [VERTROUWELIJK]. Sommige restaurantketens bieden consumenten bijvoorbeeld [VERTROUWELIJK] aan op bestellingen via het eigen verkoopkanaal.³⁰ Mede op die manier promoten restaurantketens actief hun verkoopkanaal in de praktijk.³¹
27. Individuele restaurants met een bezorgfunctie hebben een eigen online verkoopkanaal en een groot aantal van hen heeft zich aangesloten bij één of meerdere platforms.³² Het eigen online verkoopkanaal van een individueel restaurant kan variëren van een (online of papieren) menukaart waarvan consumenten *telefonisch* kunnen bestellen, tot een volledig

²⁵ Just Eat hanteerde tot 2 augustus 2016 in ieder geval geen laagste-prijsgarantie, maar wel een gelijke-prijsgarantie die alleen gold voor de menuprijzen (niet voor kortingen op de menuprijzen).

²⁶ Zie documentnummer 2016100950. Een bezorgfunctie betekent tegelijkertijd een afhaalfunctie.

²⁷ Zie pagina 6 van het GfK-rapport 2016.

²⁸ Zie documentnummer 2016404038. Op basis van de door Thuisbezorgd.nl verstrekte gegevens, constateert ACM dat bijna [VERTROUWELIJK] bestellingen van Thuisbezorgd.nl bestemd is voor een keten.

²⁹ Zie bijvoorbeeld: FSIN, 'Markt voor foodbezorging in ruim twee jaar verdubbeld', 6 oktober 2016.

³⁰ Bijvoorbeeld [VERTROUWELIJK]. Zie documentnummers 2016204581 en 2016204120.

³¹ Restaurantketens besteden een deel van hun marketingbudget aan Google AdWords, zodat een advertentie van hun website bovenaan in de zoekresultaten verschijnt bij de relevante zoektermen.

³² Zie bijvoorbeeld: ABN AMRO, 'Maaltijdbezorging: een groeimarkt vol kansen', 13 april 2016.

geïntegreerde bestel- en betaalfunctie op de *website*. Er zijn standaard online bestelsystemen beschikbaar die bepaalde bedrijven (zoals Zuppler, CashDesk, FoodNu en Foodticket) speciaal voor restaurants aanbieden.

28. Om de consument te bereiken hebben restaurants de keuze uit verschillende marketinginstrumenten. Het beoogde effect hiervan is: meer klanten, meer bestellingen en dus een hogere omzet voor het restaurant. Marketinginstrumenten die restaurants vaak gebruiken zijn: flyers, uithangborden, mond-tot-mond reclame, sociale media en dergelijke. Hierbij bieden restaurants tegelijkertijd kortingen, acties en dergelijke aan om de consument tot een aankoop te bewegen. Ook kunnen restaurants zich inspannen om te proberen de loyaliteit van hun klanten te vergroten.³³ Voor restaurants vormen ook de online platforms een marketinginstrument. Het platform toont immers het restaurant en de menukaart op de eigen website.

Consumentengedrag

29. Het eerder genoemde GfK-rapport 2016 over het afhalen en bezorgen van maaltijden geeft inzicht in het consumentengedrag.³⁴ Consumenten gaven aan hoe zij hun maaltijd hadden besteld en welke aspecten zij belangrijk vonden. Zo komt onder meer het volgende naar voren:
- a) Consumenten wisselen af tussen bezorg- en afhaalmaaltijden (zie in dit verband ook randnummer 25).
 - b) Consumenten bestellen bezorgmaaltijden online (63%) of telefonisch (35%).
 - c) Consumenten bestellen afhaalmaaltijden in het restaurant zelf (71%) of telefonisch (22%).
 - d) Voor bezorgmaaltijden zijn Thuisbezorgd.nl, Domino's Pizza, Hungry.nl, New York Pizza, Just Eat en Spare Rib Express populair onder consumenten en voor afhaalmaaltijden ook partijen als McDonald's, Subway, Burger King en KFC.
 - e) Consumenten zijn gevoelig voor een actie of aanbieding.
30. Het GfK-rapport 2016 laat verder zien dat de consument in de praktijk (afwisselend) gebruik maakt van zowel platforms als het directe verkoopkanaal van restaurants.³⁵ Verder blijkt dat de consument afwisselt tussen de verschillende platforms onderling.³⁶

Relevante marktontwikkelingen

31. Maaltijdbezorging in Nederland en de online verkopen van eten groeien. Zo verwacht FSIN

³³ Zie: Missethoreca, 'Scoren met loyaliteitsprogramma's in horeca', 19 juli 2016.

³⁴ ACM verwijst voor de hierna in punten a tot en met e genoemde resultaten naar de volgende pagina's van het GfK-rapport 2016: (a) pagina 41-53, (b) pagina 55, (c) pagina 59, (d) pagina 8, (e) pagina 73-74.

³⁵ Zie pagina 41-53 en pagina 55 en 59 van het GfK-rapport 2016.

³⁶ Zie pagina 41, 42 en 43 van het GfK-rapport 2016.

dat in 2016 de omzet op maaltijdbezorging zal verdubbelen ten opzichte van 2014.³⁷ Verder verwacht de Rabobank dat de online verkoop van eten in de komende jaren explosief zal groeien.³⁸

32. Die groeimarkt trekt nieuwe spelers en innovatieve concepten aan. Zo is Hungry.nl in het najaar van 2015 toegetreden en heeft dit platform ondertussen een stevige positie verworven (zie randnummer 22). Daarnaast zijn andere partijen toegetreden die naast de online bestelfunctie tevens een bezorgfunctie aan restaurants bieden. Deze partijen, zoals Deliveroo en Foodora, zorgen ervoor dat meer restaurants in staat zijn om hun maaltijden bij de consument te (laten) bezorgen. Bovendien is Uber, met bezorgservice 'UberEats', recent toegetreden in Nederland.³⁹ Ten slotte zien internationale kapitaalkrachtige partijen als Google of Amazon kansen om toe te treden op de Nederlandse markt.⁴⁰
33. Daarnaast verandert het consumentengedrag waardoor grenzen tussen verschillende verkoopkanalen vervagen.⁴¹ Denk bijvoorbeeld aan supermarkten die *food-to-go* aanbieden of restaurants waar je ook producten voor thuisgebruik kan aanschaffen.⁴² Of denk aan online platforms die ook eten van de avondwinkel, lokale slager of bakker opnemen of dat een partij als Bol.com ook eten in haar assortiment opneemt.⁴³

VI. BEOORDELING

34. ACM gaat hierna allereerst na of OdL belanghebbende is. Daarna beoordeelt ACM het handhavingsverzoek aan de hand van de in randnummer 7 beschreven prioriteringscriteria. In het kader hiervan komt eerst de inschatting van de schade voor de consumentenwelvaart van de gelijke-prijsgarantie aan de orde. Vervolgens gaat ACM in op de vraag of een eventueel optreden naar aanleiding van het handhavingsverzoek van OdL doeltreffend en doelmatig is.

³⁷ Zie: FSIN, 'Markt voor foodbezorging in ruim twee jaar verdubbeld', 6 oktober 2016 en 'Foodbezorging aan de voordeur is Booming', 12 januari 2015. Zie bijvoorbeeld ook: ABN AMRO, 'Maaltijdbezorging: een groeimarkt vol kansen', 13 april 2016.

³⁸ Zie: Rabobank Cijfers & Trends, 'Een visie op branches in het Nederlandse bedrijfsleven', 'Supermarkten', januari 2015.

³⁹ UberEats zorgt ook voor een connectie tussen restaurants enerzijds en consumenten anderzijds. Zie onder andere: 'Uber gaat maaltijden bezorgen in Amsterdam' d.d. 27 september 2016 in Het Parool en 'UberEats is vastbesloten de bezorgmarkt op te schudden' d.d. 28 september 2016 in Het Financieele Dagblad.

⁴⁰ Zie onder andere: 'Duitse markt voor bestelwebsites wordt bloedbad', d.d. 15 september 2016 in Het Financieele Dagblad en 'Amazon begint met maaltijdbezorging in Londen', d.d. 7 september 2016 in Het Financieele Dagblad.

⁴¹ Zie: Rabobank Cijfers & Trends van maart 2016 over "Eetgelegenheden". Hierin noemt de Rabobank de steeds verdergaande integratie tussen retail en horeca en meer branchevervaging en -vervlechting als één van de trends in de foodketen. Zie ook: FoodService Institute, 'Blurring, een trend die doorzet', 26 juni 2013. Zie verder ook het rapport 'Blurring' van juni 2015 van Lexence Advocaten & Notarissen en Bureau Stedelijke Planning.

⁴² Zie: Rabobank Cijfers & Trends, 'Een visie op branches in het Nederlandse bedrijfsleven', 'Supermarkten', januari 2015.

⁴³ Zie: FoodService Institute, 'FSIN Food 500 2015', pagina 9.

Belanghebbende

35. Als ACM een verzoek om handhaving ontvangt, gaat zij allereerst na of het verzoek inderdaad moet worden aangemerkt als een aanvraag tot handhavend optreden in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Hiervoor is onder meer bepalend of de indiener van het verzoek belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 Awb. ACM meent dat OdL belanghebbende is. OdL heeft een objectief, persoonlijk, eigen, rechtstreeks en actueel belang. OdL is namelijk aangesloten op Thuisbezorgd.nl en daarnaast is OdL met haar eigen (directe) verkoopkanaal een concurrent van Thuisbezorgd.nl.

Inschatting schade voor de consumentenwelvaart

36. ACM heeft initieel inhoudelijk onderzoek gedaan om de mogelijke schade voor de consumentenwelvaart van de gelijke-prijsgarantie in te schatten. Als er voor restaurants en consumenten onvoldoende alternatieven zijn voor Thuisbezorgd.nl kan dit leiden tot schade voor de consumentenwelvaart in de vorm van hogere maaltijdprijzen. In geval van onvoldoende alternatieven kan Thuisbezorgd.nl bijvoorbeeld in een positie komen waarin zij de commissies zou kunnen verhogen zonder dat restaurants haar hiervoor kunnen disciplineren.⁴⁴
37. ACM heeft in het initieel inhoudelijk onderzoek geen relevante markt afgebakend en doet daarom ook geen exacte uitspraken over het marktaandeel van Thuisbezorgd.nl. Er zijn verschillende mogelijke relevante markten denkbaar. ACM vindt 'een mogelijke markt voor online eten-bestelplatforms' in ieder geval niet aannemelijk, omdat is gebleken dat online platforms concurreren met de directe verkoopkanalen van restaurant(keten)s (zie randnummers 26, 27 en 28). Er zou voorts sprake kunnen zijn van 'een mogelijke markt voor bezorgmaaltijden'⁴⁵ of 'een mogelijke markt voor bezorg- en afhaalmaaltijden'⁴⁶. ACM wijst erop dat het een groeiende en dynamische markt betreft. Zoals hiervoor genoemd onder 'relevante marktontwikkelingen' is er sprake van: groei, toetreding van nieuwe concepten en grensvervaging. Hierdoor is het afbakenen van een relevante markt in dit geval minder behulpzaam en zijn eventuele huidige marktposities, in een dergelijk te bepalen markt, minder robuust.
38. Uit de hiernavolgende analyse van ACM blijkt dat (1) restaurants en consumenten via

⁴⁴ In de media zijn in 2015 berichten verschenen waarin restaurants klagen over de hoge en voortdurend stijgende commissiekosten van Thuisbezorgd.nl. Zie mediaberichten gevoegd bij documentnummer 2016200869. De commissie is een vergoeding voor de diensten van Thuisbezorgd.nl en komt tot stand door vraag en aanbod.

⁴⁵ Op een mogelijke markt voor bezorgmaaltijden heeft Thuisbezorgd.nl volgens FSIN een marktaandeel van tussen de 25-35 %. Zie FSIN, 'Markt voor foodbezorging in ruim twee jaar verdubbeld', 6 oktober 2016. Het artikel 'Beursgang Takeaway.com gaat niet om groeien maar graaien', d.d. 26 september 2016 op de website *Follow the money* maakt melding van een marktaandeel van Thuisbezorgd.nl in de totale thuisbezorgmarkt van 20%.

⁴⁶ Op 'een mogelijke markt voor bezorg- en afhaalmaaltijden' lijkt de positie van Thuisbezorgd.nl in ieder geval zwak. Volgens het GfK-rapport 2016 bestelt [10-20]% van de consumenten via Thuisbezorgd.nl (zie pagina's 8 en 41). Dit percentage is gebaseerd op een maandelijkse screening van GfK onder ruim 53.000 consumenten. Volgens ACM is dit een reflectie van het marktaandeel van Thuisbezorgd.nl op een mogelijke markt voor bezorg- en afhaalmaaltijden.

andere verkoopkanalen transacties met elkaar kunnen aangaan en (2) bij Thuisbezorgd.nl aangesloten restaurants ondanks de gelijke-prijsgarantie enige ruimte hebben om in de prijs van bezorgmaaltijden te differentiëren. Dit betekent volgens ACM dat schade aan de consumentenwelvaart als gevolg van de gelijke-prijsgarantie niet aannemelijk is.

1) Restaurants en consumenten kunnen via andere verkoopkanalen transacties aangaan

39. Ten eerste strekt de gelijke-prijsgarantie zich niet uit over andere online platforms en kunnen restaurants en consumenten via andere online platforms transacties aangaan. Dit gebeurt in de praktijk ook (zie randnummers 22, 25 en 30). Zo is aan de ene kant uit de feiten en omstandigheden gebleken dat consumenten tussen verschillende online platforms wisselen. Door marketing, kortingen, of verschillende betaal- en bezorgkosten kunnen online platforms bovendien consumenten naar zich toe trekken en tot een aankoopbeslissing verleiden. Aan de andere kant is gebleken dat restaurants vrij zijn om zich (ook) bij andere online platforms aan te sluiten en dat ze dit in de praktijk ook doen. Thuisbezorgd.nl hanteert geen exclusiviteitsbedingen richting aangesloten restaurants. Als een restaurant niet de gelijke-prijsgarantie van Thuisbezorgd.nl zou willen accepteren ofwel ontevreden is over de hoogte van de commissies, dan kan het restaurant kiezen voor een ander online platform. Dit ziet ACM als een reëel alternatief omdat er naast Thuisbezorgd.nl andere online platforms zijn met een bestel- en betaalfunctie voor maaltijden (zie randnummer 22).
40. Ten tweede strekt de gelijke-prijsgarantie van Thuisbezorgd.nl zich niet uit over de prijs van afhaalmaaltijden (zie randnummer 18). Dit betekent dat restaurants door lagere prijzen of kortingen voor afhaalmaaltijden te hanteren op dit verkoopkanaal kunnen inzetten in plaats van op bestelling van bezorgmaaltijden, zoals via Thuisbezorgd.nl. ACM vindt dit een reëel alternatief. Uit de relevante feiten en omstandigheden is namelijk onder meer gebleken dat aanbieders van bezorgmaaltijden tegelijkertijd een afhaalmogelijkheid aanbieden. In de praktijk wisselen consumenten af tussen het bezorg- en afhaalkanaal (zie randnummer 29). Bovendien is naar voren gekomen dat consumenten vaker voor afhalen kiezen dan voor bezorgen (zie randnummer 25).
41. ACM merkt verder op dat restaurants de mogelijkheid hebben om zich enkel te richten op hun eigen (online) verkoopkanaal (zie randnummers 26, 27 en 28). Zij kunnen hun overeenkomst met Thuisbezorgd.nl te allen tijde opzeggen. Een restaurant maakt uiteindelijk zelf zijn kosten-batenafweging en moet zijn verkopen optimaliseren over de mogelijke verkoopkanalen heen.
42. In het kader van de hiervoor genoemde argumenten wijst ACM erop dat netwerkeffecten (zie randnummer 21) substitutie naar alternatieve verkoopkanalen versterken. Thuisbezorgd.nl heeft zowel restaurants als consumenten nodig voor haar bestaan. Het gedrag van Thuisbezorgd.nl is begrensd door de mogelijke reacties van zowel restaurants als consumenten. Als het gedrag van Thuisbezorgd.nl ervoor zou zorgen dat restaurants vertrekken, dan vertrekken de consumenten ook en andersom.

2) Aangesloten restaurants hebben ondanks de gelijke-prijsgarantie enige ruimte om in de prijs van bezorgmaaltijden te differentiëren

43. Ten eerste kunnen restaurants ervoor kiezen om geen betalingskosten in rekening te brengen voor transacties via het directe verkoopkanaal. Consumenten die bij Thuisbezorgd.nl een bezorgmaaltijd bestellen betalen transactiekosten bij online betalen (zie randnummer 2). Restaurants hebben hierdoor dus de mogelijkheid om zich ten gunste van de consument met hun directe verkoopkanaal te onderscheiden van Thuisbezorgd.nl.
44. Ten tweede is gebleken dat sommige restaurantketens ondanks de gelijke-prijsgarantie ruimte hebben om op het gebied van kortingen en acties bij directe bestellingen te differentiëren (zie randnummer 26). De ruimte per restaurant(keten) hangt af van [VERTROUWELIJK]. [VERTROUWELIJK]. Restaurantketens zorgen hierdoor volgens ACM voor directe en indirecte concurrentiedruk op Thuisbezorgd.nl die schade voor de consumentenwelvaart minder aannemelijk maakt.⁴⁷

Conclusie inschatting schade consumentenwelvaart

45. Op basis van het voorgaande vindt ACM het niet aannemelijk dat de gelijke-prijsgarantie van Thuisbezorgd.nl leidt tot schade voor de consumentenwelvaart. De gelijke-prijsgarantie is niet in staat om de concurrentiedruk van alternatieve verkoopkanalen zodanig te verzwakken dat Thuisbezorgd.nl ongestraft haar commissies voor restaurants kan verhogen. Restaurants en consumenten kunnen namelijk via andere verkoopkanalen transacties met elkaar aangaan. Daarnaast hebben bij Thuisbezorgd.nl aangesloten restaurants ondanks de gelijke-prijsgarantie nog enige ruimte om in prijs te differentiëren.
46. Nu ACM schade voor de consumentenwelvaart van de gelijke-prijsgarantie onaannemelijk vindt, is er geen reden om in te gaan op de mogelijke voordelen van de gelijke-prijsgarantie die Thuisbezorgd.nl hanteert richting aangesloten restaurants.

Doeltreffendheid en doelmatigheid optreden ACM

47. ACM vindt het bovendien niet doeltreffend en doelmatig om eventueel op te treden tegen de gelijke-prijsgarantie die Thuisbezorgd.nl hanteert richting aangesloten restaurants. Dit komt door de in randnummers 31, 32 en 33 beschreven marktontwikkelingen. Omdat er sprake is van een groeiende en dynamische markt kunnen de feiten en omstandigheden zodanig veranderen dat de marktwerking en/of consumentenwelvaart in dit geval niet (werkelijk) in het geding (kunnen) komen. Dan vervalt ook het belangrijkste aanknopingspunt voor een optreden van ACM.

⁴⁷ De indirecte concurrentiedruk ontstaat als gevolg van de onderlinge concurrentie tussen restaurantketens en individuele restaurants. Restaurants die meer gebonden zijn aan de gelijke-prijsgarantie zullen door deze concurrentie minder snel hun prijzen verhogen als gevolg van een eventuele hogere commissie vanuit het platform. Het eventuele verlies aan klanten beperkt dus ook de mate waarin de gelijke-prijsgarantie prikkels geeft om commissies te verhogen.

48. ACM vindt een optreden op de andere onderdelen van het handhavingsverzoek overigens ook niet doeltreffend en doelmatig. Dit betreft: de vermeende leveringsweigering van Thuisbezorgd.nl door OdL af te sluiten van het platform, het vasthouden van een domeinnaam van OdL door Thuisbezorgd.nl en de oorspronkelijk in de algemene voorwaarden voor restaurants opgenomen 'laagste-prijsgarantie'. Zoals al aangegeven in randnummer 6 gaat ACM ervan uit dat deze gedragingen geen onderdeel meer uitmaken van het handhavingsverzoek. Voor deze onderdelen geldt bovendien dat ze van korte duur zouden zijn geweest en inmiddels gestaakt zijn.

VII. CONCLUSIE

49. Tegen deze achtergrond en op basis van de huidige feiten en omstandigheden die naar voren komen uit het initieel inhoudelijk onderzoek concludeert ACM dat schade voor de consumentenwelvaart niet aannemelijk is en dat een eventueel optreden door ACM niet doeltreffend en doelmatig is. Daarom besluit ACM geen nader onderzoek te doen in deze kwestie. Het belang van nader onderzoek naar aanleiding van het handhavingsverzoek van OdL weegt minder zwaar dan het belang van onderzoek, waaronder de inzet van mensen en middelen, in andere zaken.

VIII. BESLUIT

50. De aanvraag tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 56, lid 1, Mededingingswet wijst ACM af.

Datum: 18 november 2016

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. M.A. Schueler,
Teammanager Directie Mededinging

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.