

**BESLUIT inzake geschil
tussen Canal+ en UPC
Nederland N.V.**

OPTA/IBT/2000/203522

21 december 2000

Besluit van het college van de
Onafhankelijke Post en
Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 8.7 van de Telecommunicatiewet in
het geschil tussen:

de besloten vennootschap Canal+ Nederland B.V., gevestigd te Hilversum,
gemachtigde: prof. mr. E.J. Dommering, advocaat te Amsterdam

en

de besloten vennootschap Kabeltelevisie Amsterdam B.V. (handelende onder de naam UPC Nederland),
gevestigd te Amsterdam,
gemachtigde: mr. D.J. Oranje, advocaat te Amsterdam

A. HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1. Bij brief d.d. 19 september 2000 heeft Canal+ Nederland B.V. (hierna: Canal+) het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) verzocht een beslissing te nemen ex artikel 8.7 van de Telecommunicatiewet (hierna: TW) in een geschil met Kabeltelevisie Amsterdam B.V., handelend onder de naam UPC Nederland (hierna: UPC). Canal+ heeft het college verzocht aan UPC een bindende aanwijzing te geven er toe strekkende dat UPC op straffe van een dwangsom gehouden is op een zo kort mogelijke termijn de digitale doorgifte van EPG, een breedbeeldfilm kanaal, CineCinemas en eventuele andere programma's van Canal+ toe te staan en te realiseren op de twee 8 MHz kanalen waarop thans analoge doorgifte plaatsvindt, althans twee andere kanalen. Canal+ verzocht het college voorts om te bepalen dat, zolang UPC de volledige benutting van de thans in gebruik zijnde capaciteit frustreert, Canal+ slechts een doorgiftevergoeding verschuldigd is evenredig aan de werkelijk gebruikte capaciteit.
- Bij brief d.d. 21 september 2000 heeft college aan Canal+ de ontvangst van het verzoekschrift bevestigd.
- Bij brief d.d. 21 september 2000 heeft het college UPC in kennis gesteld van het verzoek van Canal+. UPC werd met genoemde brief een afschrift van (een van bedrijfsvertrouwelijke gegevens geschoonde versie van) het verzoekschrift toegezonden. UPC werd met genoemde brief voorts in gelegenheid gesteld een verweerschrift in te dienen.

- Bij schrijven d.d. 5 oktober 2000 deed UPC aan het college een verweerschrift toekomen (in de vorm van een versie OPTA en een van bedrijfsvertrouwelijke gegevens van UPC geschoonde versie Canal+).
- Bij schrijven d.d. 9 oktober 2000 deed het college aan Canal+ een afschrift toekomen van het verweerschrift van UPC (versie Canal+).
- Bij schrijven d.d. 27 oktober 2000 stelde het college de directeur-generaal van de Nederlands mededingingsautoriteit (hierna: NMa) in kennis van het onderhavige verzoek van Canal+ en de daarop betrekking hebbende stukken, alsmede van het tijdstip en plaats van de hoorzitting.
- Bij schrijven d.d. 31 oktober 2000 verzocht Canal+ het college op de hoorzitting d.d. 1 november 2000 een besloten gedeelte in te lassen teneinde Canal+ in de gelegenheid te stellen aan de hand van bedrijfsvertrouwelijke gegevens een toelichting op haar verzoek te geven. Daarbij deelde Canal+ het college mede dat zij haar oorspronkelijk verzoek dat betrekking had op de capaciteit van twee 8MHz-kanalen, alsnog wilde beperken tot een verzoek aangaande de capaciteit van één 8MHz-kanaal. Daarnaast gaf Canal+ het college te kennen dat zij haar oorspronkelijke verzoek wilde uitbreiden met een verzoek tot een bindende aanwijzing aan UPC dat zij in de toekomst capaciteit op haar netwerk beschikbaar dient te stellen aan marktpartijen voor abonneetelevisie en aanverwante diensten op non-discriminatoire, objectieve en transparante wijze, zodat Canal+ op gelijke wijze capaciteit kan afnemen als het bedrijf of de bedrijven van UPC die abonneetelevisie of aanverwante diensten aanbieden. Een afschrift van deze brief zond Canal+ aan UPC.
- Bij schrijven d.d. 31 oktober 2000 deed UPC het college een reactie toekomen op de inhoud van de brief van Canal+ van 31 oktober 2000.
- Op de hoorzitting d.d. 1 november 2000 hebben partijen ten overstaand van het college hun standpunten toegelicht, mede aan de hand van door het college gestelde vragen. Van het openbare gedeelte alsmede van het besloten gedeelte met Canal+ van deze hoorzitting is een verslag gemaakt.
- Bij schrijven d.d. 1 november 2000 deed de NMa het college een afschrift toekomen van het schrijven van de NMa aan Canal+ d.d. 25 oktober 2000, waarin de mededeling dat de NMa de behandeling van het verzoek dat Canal+ gelijktijdig met het verzoek aan het college aan de NMa heeft doen toekomen, wordt opgeschort tot het college een besluit heeft genomen.

B. DE FEITELIJKE GRONDSLAG VAN HET GESCHIL

2. Aan het geschil liggen de volgende feiten ten grondslag:
 - UPC is aanbieder van een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel o, TW in het verzorgingsgebied Groot-Amsterdam.
 - Canal+ is aanbieder van programma's als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel q TW jo. artikel 1, eerste lid, onderdeel f van de Mediawet (hierna: MW). De door Canal+ aangeboden programma's zijn nader aan te duiden als abonneetelevisieprogramma's welke slechts middels een decoder te ontvangen zijn door abonnees van Canal+. Canal+ is voor de doorgifte van haar programma's afhankelijk van de kabel.
 - Canal+ heeft eerder, bij verzoek d.d. 16 december 1998, bij het college een geschil aanhangig gemaakt, waarbij verzocht werd het tarief te bepalen dat UPC voor de doorgifte van de twee via het

kabelnet van UPC doorgegeven programma's van Canal+, te weten Canal+ 1 en 2, mag verlangen. In dit verband werd door Canal+ tevens aandacht gevraagd voor het feit dat UPC naar het oordeel van Canal+ ten onrechte geen gehoor heeft gegeven aan het verzoek van Canal+ tot digitale doorgifte (in plaats van de bestaande analoge doorgifte) van haar programma's, omdat dit voor Canal+ een grote kostenbesparing met zich zou kunnen brengen vanwege het feit dat digitale doorgifte met veel minder capaciteitsbeslag kan worden gerealiseerd.

Het college heeft op deze verzoeken van Canal+ beslissingen genomen bij besluiten d.d. 9 juli 1999, 4 november 1999 en 31 juli 2000. Kort samengevat komen deze er op neer, voor zover hier van belang, dat het college aan de hand van een boekenonderzoek over het jaar 1998 aan UPC een bindende aanwijzing heeft gegeven welk tarief per ultimo 1998 van Canal+ voor de doorgifte van haar twee programma's kon worden verlangd. Bovendien heeft het college aangaande het vraagstuk van de digitale doorgifte geoordeeld dat UPC ten onrechte sedert 15 september 1999 heeft nagelaten het verzoek van Canal+ daartoe te honoreren en tevens dat bij digitale doorgifte nog maar de helft van de tot dan toe voor de doorgifte van de programma's van Canal+ gebruikte netwerkcapaciteit aan orde zou zijn geweest. Op grond daarvan heeft het college bij wege van tussenbeslissing aan UPC de bindende aanwijzing gegeven dat UPC vanaf 15 september 1999 nog maar de helft van de tot dan toe gebruikte netwerkcapaciteit als maatstaf mocht nemen voor het van Canal+ voor de doorgifte van haar twee programma's te verlangen tarief.

- Canal+ is door UPC nog niet in de gelegenheid gesteld haar programma's digitaal door te geven.
- Inmiddels heeft Canal+ plannen ontwikkeld om naast de programma's Canal+ 1 en Canal+ 2, andere programma's en diensten te gaan aanbieden. Canal+ wenst al haar programma's en diensten digitaal door te geven op de door UPC aan haar ter beschikking gestelde netwerkcapaciteit.
- Canal+ heeft deze plannen voorgelegd aan UPC bij brief van 17 december 1999.
- UPC deelde Canal+ in reactie op laatstgenoemde brief bij schrijven d.d. 14 januari 2000 mede dat het verzoek om nieuwe programma's door te geven separaat van het toentertijd door Canal+ bij het college aanhangig gemaakte geschil zou worden behandeld en heeft Canal+ voorts gevraagd programmagegevens ter zake te verstrekken.

C. HET STANDPUNT VAN CANAL +

Het standpunt van Canal+ laat zich als volgt samenvatten.

3. Naar het oordeel van Canal+ moet als uitgangspunt voor de beoordeling van het onderhavige geschil worden genomen dat uit het besluit van het college d.d. 4 november 1999 voortvloeit dat Canal+ de vrije beschikking dient te hebben over de netwerkcapaciteit waarvoor UPC van Canal+ betaling verlangt. Uit voornoemd besluit vloeit voort dat UPC bij digitale doorgifte van de programma's van Canal+ betaling kan verlangen voor een kanaal van 8 MHz. Vast staat dat ten behoeve van de digitale doorgifte van de twee bestaande en reeds doorgegeven programma's van Canal+ slechts een fractie van die 8 MHz benodigd is, zodat dus nog ongebruikte capaciteit binnen dat kanaal van 8 MHz resteert. Die capaciteit wil Canal+ voor de digitale doorgifte van andere

programma's van haarzelf danwel van derden benutten. Daar heeft zij ook alle recht toe nu zij al voor de betrokken netwerkcapaciteit aan UPC een vergoeding betaalt.

4. UPC stelt volgens Canal+ ten onrechte dat zij nog zeggenschap heeft over de capaciteit waarvoor Canal+ betaalt maar die niet benut wordt voor de doorgifte van de twee bestaande programma's van Canal+.

Canal+ stelt zich op het standpunt dat zij de capaciteit die door UPC wordt gereserveerd voor de doorgifte van de twee bestaande programma's van Canal+ en waarvoor Canal+ aan UPC een vergoeding betaalt, als een open platform mag gebruiken waarbij Canal+ de zeggenschap heeft over de invulling van de pakketten die binnen die capaciteit worden doorgegeven.

Naar het oordeel van Canal+ heeft het college in eerdere door haar opgestelde documenten al het uitgangspunt betrokken dat eigenlijk het hele netwerk van UPC als een open platform dient te gelden voor door aanbieders in te vullen programmapakketten en zeker in het geval waar de aanbieder van het netwerk tevens optreedt als concurrent van de programma-aanbieder, zoals in het onderhavige geval, waarin is te constateren dat UPC via met haar gelieerde bedrijven ook eigen abonneetelevisiepakketten aanbiedt op het betrokken netwerk.

UPC heeft dan ook in het betrokken geval geen recht om te bepalen welke programma's wel of niet door Canal+ binnen de aan haar ter beschikking gestelde capaciteit mogen worden doorgegeven.

Ter zake komt ook geen gewicht toe aan schaarsteoverwegingen, nu de betrokken capaciteit al ter beschikking van Canal+ staat. Om die reden zou UPC dan ook niet tot weigering van doorgifte van programma's van Canal+ kunnen overgaan.

5. Om al deze redenen heeft UPC dan ook geen recht om nadere gegevens te verlangen ten aanzien van de programma's die Canal+ op de betrokken netwerkcapaciteit wil gaan doorgeven. Om die reden heeft Canal+ dan ook volstaan met haar brief aan UPC d.d. 17 december 1999 waarin aan UPC verzocht werd om in te stemmen met de digitale doorgifte van andere programma's dan de programma's Canal+ 1 en 2 en heeft Canal+ niet gereageerd op de reactie daarop van UPC d.d. 14 januari 2000 waarin aan Canal+ ten aanzien van de bedoelde nieuwe Canal+-programma's een nadere omschrijving van het format werd gevraagd.
6. Ondertussen gaat het hier naar het oordeel van Canal+ wel om een toegangsgeschil als bedoeld in artikel 8.7 TW. Canal+ vraagt in feite om toegang tot het netwerk van UPC voor acht programma's waarvan vier programma's door haar zijn benoemd. Het gaat hier dan ook over de invulling van het eigen platform van Canal+, zodat artikel 8.7 TW geen opstakel kan vormen voor een beoordeling door het college van het geschil.
7. Overigens is Canal+ zonnodig gaarne bereid alsnog een verzoek ter zake aan UPC te doen waarbij zal worden uiteengezet om welke programma's het gaat.
8. Het onderhavige verzoek komt voort uit plannen die bij Canal+ zijn opgekomen nadat nieuwe programmaconcepten waren ontwikkeld, duidelijk was geworden dat UPC plannen heeft te komen met een vorm van abonneetelevisie ten einde zich aldus als concurrent van Canal+ op de markt

voor betaaltelevisie te gaan bewegen en voorts omdat Canal+ er een groot bedrijfseconomisch belang bij heeft de frequentieruimte welke zij van UPC betreft, volledig uit te buiten door daarop middels digitale doorgifte meer programma's door te kunnen geven dan thans via analoge doorgifte mogelijk is.

9. UPC belemmert met haar weigerachtige houding Canal+ in haar ontwikkeling en Canal+ wordt door UPC beroofd van haar vrijheid om te beslissen over de manier waarop zij haar bedrijf wil uitoefenen. Essentieel is in dit verband dat UPC en Canal+ concurrenten zijn op de markt voor betaaltelevisie. UPC trekt derhalve voordeel uit het weren van Canal+ van haar netwerk.
10. Canal+ lijdt door de weigering van UPC ernstige schade. Deze schade omvat niet alleen een directe inkomstenderving op korte termijn, maar ook inkomstenderving op langere termijn. Door het nu van haar omroepnetwerk weren van Canal+ heeft UPC zichzelf in een positie gebracht waarin zij als eerste een digitale decoder bij de consument kan plaatsen. Uitgaande van de veronderstelling dat de consument niet twee decoders in huis zal willen hebben, wordt hiermee de introductie van de digitale Canal+ decoder ernstig bemoeilijkt. UPC maakt aldus misbruik van haar positie.
11. Canal+ is thans doende de introductie van haar digitale decoder voor te bereiden. Bij het aanbod aan haar abonnees om van decoder te wisselen is het van groot commercieel belang de abonnee een groter en gevarieerder aanbod te kunnen aanbieden. UPC frustreert dit.
12. De reden dat bij brief d.d. 31 oktober jl., het oorspronkelijke verzoek dat ging over het gebruik van capaciteit van twee maal 8 MHz voor digitale doorgifte van andere door Canal+ te verzorgen programma's, wordt beperkt tot het gebruik van één maal 8 MHz is gelegen in bedrijfseconomische overwegingen die mede worden ingegeven door het eerder door het college bepaalde doorgiftetarief per kanaal van 8 MHz.
Intussen wil Canal+ zich het recht voorbehouden in de toekomst meer capaciteit te benutten voor de digitale doorgifte van programma's, reden waarom zij haar oorspronkelijke verzoek bij schrijven d.d. 31 oktober jl. heeft uitgebreid met het verzoek om een bindende aanwijzing aan UPC dat zij in de toekomst capaciteit op haar netwerk beschikbaar dient te stellen aan marktpartijen voor abonneetelevisie en aanverwante diensten op een non-discriminatoire, objectieve en transparante wijze, zodat Canal+ op gelijke wijze kan afnemen als het bedrijf of de bedrijven van UPC die abonneetelevisie of aanverwante diensten aanbieden.

D. DE VORDERING VAN CANAL +

13. Op grond van hetgeen Canal+ heeft aangevoerd verzoekt zij het college te bepalen dat UPC, op straffe van een dwangsom, gehouden is op een zo kort mogelijke termijn de digitale doorgifte van haar EPG, haar breedbeeld filmkanaal, CineCinemas en eventuele andere programma's toe te staan en te realiseren op een 8 MHz kanaal.
Voorts verzoekt Canal+ het college te bepalen dat voor zover UPC het Canal+ onmogelijk maakt de volledige capaciteit te benutten, Canal+ vanaf 15 september 1999 slechts een evenredig deel van

de kanaalprijs hoeft te betalen en wel zo lang als UPC Canal+ verhindert de volledige voor haar gereserveerde capaciteit te benutten voor de digitale doorgifte van programma's. Canal+ verzoekt het college tevens om UPC de bindende aanwijzing te geven dat UPC in de toekomst capaciteit op haar netwerk beschikbaar dient te stellen aan marktpartijen voor abonneetelevisie en aanverwante diensten op een non-discriminatoire, objectieve en transparante wijze, zodat Canal+ op gelijke wijze kan afnemen als het bedrijf of de bedrijven van UPC die abonneetelevisie of aanverwante diensten aanbieden.

E. HET STANDPUNT VAN UPC

Het standpunt van UPC laat zich als volgt samenvatten.

14. UPC merkt naar aanleiding van het verzoekschrift van Canal+ in de eerste plaats op dat duidelijk blijkt waar Canal+ op uit is. Canal+ probeert de beschikking te krijgen over kale capaciteit om zo de exploitatie van een deel van het omroepnetwerk van UPC over te nemen door middel van de koppeling van haar eigen voorwaardelijke toegangssysteem aan het netwerk van UPC. Voor de ter beschikking te stellen capaciteit wenst Canal+ enkel een op kosten van de kale capaciteit georiënteerde prijs te betalen, zonder daarbij rekening te houden met het investeringsrisico dat geheel door UPC is genomen. UPC zou in grote financiële problemen geraken indien zij gehouden zou zijn te doen waar Canal+ thans om verzoekt.
15. UPC merkt vervolgens op dat daar waar Canal+ het college verzoekt te bepalen dat zolang Canal+ niet de volledige capaciteit van de thans in gebruik zijn de 8 MHz kanalen kan benutten, Canal+ slechts een evenredig deel van de wel gebruikte kanaalprijs hoeft te betalen, Canal+ het college in feite verzoekt terug te komen op eerder gegeven beschikkingen (in het bijzonder het besluit van 4 november 1999 inzake het doorgiftetarief). Ingevolge artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht is de belanghebbende die wenst dat een besluit wordt herzien, gehouden nieuw gebleken feiten of omstandigheden aan te tonen zodanig dat zij tot een andere beschikking aanleiding kunnen geven. UPC meent dat Canal+ geen feiten of omstandigheden naar voren heeft gebracht welke nog niet bekend waren ten tijde van het nemen van de vorige beschikkingen. Het verzoek dient derhalve afgewezen te worden.
16. UPC meent dat het college niet bevoegd is de aanwijzingen te geven waar Canal+ om heeft verzocht. Artikel 8.7 van de TW bepaalt (samengevat) dat het college bindende aanwijzingen kan geven op verzoek van de aanbieder van een programma indien deze over de toegang van zijn programma geen overeenstemming kan bereiken met de aanbieder van het betreffende omroepnetwerk. De Richtsnoeren met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken bevatten een nadere afbakening van de bevoegdheid van het college. In paragraaf 2 is onder meer bepaald dat het toegangconflict betrekking moet hebben op een programma als bedoeld in artikel 1, onderdeel f van de MW. Het gaat Canal+ hier echter niet om toelating van een of meer specifieke programma's maar om toewijzing van capaciteit die zij dan zelf kan invullen.

17. UPC meent tevens dat aan de randvoorwaarde van het “niet tot overeenstemming kunnen komen” niet is voldaan. Canal+ heeft bij brief van 17 december 1999 een niet concreet verzoek tot UPC gericht om programma's door te geven, maar heeft vervolgens niet gereageerd op het verzoek van UPC d.d. 14 januari 2000 nadere programmagegevens aan te dragen. Deswege hebben ter zake van dat verzoek nimmer onderhandelingen plaatsgevonden zodat niet gezegd kan worden dat partijen “geen overeenstemming” konden bereiken.
18. UPC meent voorts dat het verzoek van Canal+ niet ziet op de doorgifte van een aangeboden programma, maar er toe strekt de beschikking te verkrijgen over een deel van het netwerk van UPC. Noch de nationale regelgeving, noch de Europese regels bieden enige grondslag voor de gevraagde toewijzing van capaciteit. Artikel 8.5, lid 3 van de TW stelt daarentegen wel uitdrukkelijk dat de aanbieder van het omroepnetwerk ten allen tijde de volledige controle dient te hebben over de diensten die met behulp van een systeem voor voorwaardelijke toegang worden uitgezonden. Daarnaast is een dergelijke inbreuk op het eigendomsrecht van een onderneming strijdig met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.
19. Naar aanleiding van de bij brief van 31 oktober 2000 door Canal+ aangebrachte wijzigingen in het oorspronkelijke verzoek merkt UPC op dat artikel 8.7 TW niet voorziet in het op zo korte termijn uitbreiden van het aanhangige verzoek. Daarmee wordt UPC in zijn processuele mogelijkheden tot verweer beperkt. Ook bestempelt UPC deze handelwijze van Canal+ als strijdig met de Algemene wet bestuursrecht en de elementaire beginselen van het Nederlands procesrecht.

F. DE CONCLUSIE VAN UPC

17. Op grond van al hetgeen UPC naar voren heeft gebracht, meent zij dat het verzoek van Canal+ met betrekking tot het doorgiftetarief op grond van het bepaalde in artikel 4.6 Awb afgewezen dient te worden. Voorts is UPC van oordeel dat het college onder de gegeven omstandigheden niet de bevoegdheid heeft de bindende aanwijzingen te geven waar Canal+ om verzoekt, dan wel dat er sprake is van een premature procedure nu van onderhandelingen om tot overeenstemming te komen of van een finaal standpunt van partijen nog geen sprake is.

G. HET JURIDISCH KADER

18. Op grond van artikel 8.7 TW kan het college, indien de aanbieder van een omroepnetwerk en de aanbieder van een programma, als bedoeld in artikel 1, onderdeel f, MW geen overeenstemming bereiken over de toegang van het aangeboden programma tot het desbetreffende omroepnetwerk, op verzoek van de aanbieder van het programma een ter zake bindende aanwijzing geven. Artikel 8.6, tweede lid, TW is van overeenkomstige toepassing. Hieruit volgt dat de aanbieder van een omroepnetwerk verplicht is een aanwijzing als bedoeld in artikel 8.7 TW op te volgen.
19. Het college en de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit hebben gezamenlijk de “Richtsnoeren met betrekking tot geschillen over de toegang tot omroepnetwerken”

van 17 augustus 1999, kenmerk 1999/OPTA/IBT/99/7064 gepubliceerd (Stcrt. 1999, nr. 159, hierna: Richtsnoeren). Deze Richtsnoeren worden toegepast als beleidsregels in de zin van artikel 1.3, vierde lid van de Algemene wet bestuursrecht en hebben ten doel vooraf inzicht te verschaffen in de criteria die bij het gebruik van onder meer in de in artikel 8.7 TW neergelegde bevoegdheid zullen worden gehanteerd.

20. De Richtsnoeren hebben in beginsel alleen betrekking op de activiteiten van de aanbieder van het omroepnetwerk in zijn rol als de aanbieder van de netwerkinfrastructuur, of als aanbieder van het standaardpakket. Een geschil kan onder andere aan het college worden voorgelegd indien het betrekking heeft op de hoogte van de gevraagde doorgiftevergoedingen, de toegangsvoorwaarden of indien het een conflict betreft als gevolg van toegangswijziging.
21. Een nadere afbakening van de bevoegdheid van het college wordt gevormd door de randvoorwaarde dat het toegangscyclusconflict betrekking heeft op een programma in de zin van artikel 1, onderdeel f, van de MW.

H. DE BEOORDELING VAN HET GESCHIL

22. Het college heeft naar aanleiding van de door Canal+ gedane verzoeken om bindende aanwijzingen aan UPC te geven vooreerst na te gaan of deze verzoeken passen binnen het kader van artikel 8.7 TW en het college ter zake bevoegd is een beslissing te nemen.
23. Bij haar primaire verzoek om een bindende aanwijzing dat UPC niet kan weigeren nadere programma's van Canal+ of van door Canal+ aangewezen derden door te geven binnen de capaciteit die al voor de bestaande programma's van Canal+ is gereserveerd en waarvoor Canal+ aan UPC een vergoeding betaalt, roept Canal+ in feite de vraag op of aan haar het recht toekomt zelf te bepalen welke programma's binnen de haar ter beschikking staande netwerkcapaciteit worden doorgegeven en in het verlengde daarvan of UPC de verplichting heeft tot een dergelijke doorgifte.
24. Het college stelt vast dat daarmee buiten het door de wetgever in artikel 8.7 TW getrokken kader wordt getreden, waarover het college bevoegd is te oordelen. In essentie gaat het hier niet meer om een geschil over de toegang van een of meer bepaalde programma's tot het betrokken omroepnetwerk, het kader waarbinnen artikel 8.7 TW het college bevoegd maakt bindende aanwijzingen te geven, maar om toewijzing van netwerkcapaciteit aan een programma-aanbieder ter vrije invulling daarvan.
Dit laatste is het college ook gebleken naar aanleiding van de terzake aan Canal+ op de hoorzitting d.d. 1 november jl. gestelde vragen. Daarbij heeft Canal+ zich bij herhaling op het standpunt gesteld dat het haar bij het onderhavige verzoek gaat om het eigen gebruik van de, in haar veronderstelling, eerder aan haar toegewezen netwerkcapaciteit. Om deze reden achtte Canal+ het eerder ook niet zinvol UPC nadere gegevens te verstrekken over de programma's die zij doorgegeven wil zien.

25. Nog afgezien of de veronderstelling van Canal+ dat door eerdere besluiten van OPTA aan haar netwerkcapaciteit is toegewezen, juist is, kan het hier door Canal+ betrokken uitgangspunt naar het oordeel van het college tot geen andere conclusie leiden dan dat het onderhavige verzoek geen betrekking heeft op de toegang van een programma tot het betrokken netwerk, zodat het college niet bevoegd is tot het geven van de door Canal+ gevraagde aanwijzing.
26. Hetzelfde geldt naar het oordeel van het college ook het verzoek van Canal+, gedaan in het verlengde van haar primaire verzoek, om te bepalen dat zolang UPC het Canal+ onmogelijk maakt de volledige capaciteit te benutten voor de digitale doorgifte van programma's van Canal+, UPC vanaf 15 september 1999 van Canal+ slechts een evenredig deel van de kanaalprijs kan verlangen. Ook bij de beoordeling van dit verzoek speelt bovengenoemde kwestie als voorvraag een rol. Eerst als vastgesteld zou worden dat UPC ten onrechte niet voldaan zou hebben aan haar verplichting de vrije invulling door Canal+ van de haar ter beschikking gestelde capaciteit te gedogen, kan pas over het hier aan de orde zijnde verzoek van Canal+ worden toegekomen. Zoals gezegd, de beoordeling van deze voorvraag valt buiten het kader van de bevoegdheid van het college ex artikel 8.7 TW. Om deze reden kan dan ook niet worden overgegaan tot beoordeling van het hier aan de orde zijnde verzoek van Canal+.
27. Ten aanzien van het eerst op 31 oktober 2000 gedane verzoek van Canal+ om een bindende aanwijzing aan UPC dat UPC in de toekomst netwerkcapaciteit aan abonneetelevisieprogramma-aanbieders zoals Canal+ ter beschikking dient te stellen, heeft het college al tijdens de hoorzitting aangegeven dat dit verzoek om redenen van een goede procesorde niet voor behandeling en beoordeling in de onderhavige procedure vatbaar is, aangezien UPC door de ontijdige indiening van deze uitbreiding van het verzoek ten onrechte beperkt is in haar mogelijkheden ter zake van schriftelijk en/of mondeling verweer te doen blijken. Ten overvloede merkt het college daarbij nog op dat gelet op bovenstaande overwegingen over de bevoegdheid van het college binnen het kader van artikel 8.7 TW vooralsnog ook niet goed valt in te zien hoe een dergelijk verzoek binnen het kader van artikel 8.7 TW valt in te passen.
28. Het college concludeert dan ook dat het niet bevoegd is tot het geven van de bindende aanwijzingen te geven waarom door Canal+ is verzocht.
29. Intussen heeft het college geconstateerd dat Canal+ naar aanleiding van het verhandelde op de hoorzitting d.d. 1 november 2000 alsnog is overgegaan tot het doen van een meer gespecificeerd verzoek aan UPC om bepaalde programma's door te geven. In dit kader wijst het college erop dat van behandeling van verzoeken in het kader van artikel 8.7 TW eerst sprake kan zijn wanneer voldaan is aan de voorwaarde dat partijen zelf niet tot overeenstemming komen. Dit veronderstelt dat tot behandeling van verzoeken ex artikel 8.7 TW eerst wordt overgegaan als vastgesteld kan worden dat na het afbreken van de onderhandelingen sprake is van een definitief geschil c.q. van een definitief standpunt van de beheerder van het omroepnetwerk.

30. Ten overvloede merkt het college in verband met de lopende onderhandelingen tussen Canal+ en UPC over de doorgifte van andere dan de bestaande programma's van Canal+ nog op dat de veronderstelling van Canal+ dat door de eerdere besluiten van het college haar rechtens of in feite netwerkcapaciteit is toegewezen, niet juist is. Zoals in die eerdere procedures herhaaldelijk door het college is vastgesteld en door Canal+ overigens ook is bevestigd, gingen die procedures louter over de vraag wat als redelijk doorgiftetarief had te gelden voor de toentertijd aan de orde zijnde doorgifte van de programma's van Canal+, te weten Canal+ 1 en 2, danwel over de mogelijkheden van digitale doorgifte van die twee programma's. Verdergaande conclusies, zoals door Canal+ in de onderhavige procedure getrokken, waren daarbij niet aan de orde en konden dat ook niet zijn gelet op het hierboven overwogen is over de reikwijdte van de bevoegdheid van het college.

I. HET BESLUIT

Het college besluit op grond van artikel 8.7 van de Telecommunicatiewet als volgt:

- Het college verklaart zich niet bevoegd tot het geven van de door Canal+ gevraagde bindende aanwijzingen.

Aldus besloten te 's-Gravenhage op 21 december 2000

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

drs. H.C. Bakker
Secretaris

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken, aanvangende met ingang van de dag na die waarop dit besluit is bekendgemaakt, daartegen een bezwaarschrift indienen bij de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit.

Het bezwaarschrift moet worden gericht aan:

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
Postbus 90240
2509 LK Den Haag

onder vermelding van "Bezwaarschrift". Het bezwaarschrift dient te zijn ondertekend en dient in ieder geval de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht, alsmede de gronden van het bezwaar te bevatten. Zo mogelijk dient een afschrift van het besluit en de overige op het bezwaar betrekking hebbende stukken te worden meegezonden.