

Mr. J.W. van der Hulst *



* Docent straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Met ingang van 1 juli 2017 is er een recht op een tegenonderzoek na het bekend worden van het resultaat van het ademonderzoek naar rijden onder invloed. Dit recht op een tegenonderzoek is toegekend in het Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer. Opsporingsambtenaren dienen de verdachte te wijzen op dit recht, wat verder gaat dan tot 1 juli 2017 gebruikelijk was. In deze bijdrage zal worden ingegaan op de invoering en toelichting op dit recht op een tegenonderzoek. Daarbij zal aan de hand van drie recente uitspraken worden behandeld of dit recht moet worden beschouwd als een strikte waarborg en wat het gevolg dient te zijn indien verzuimd wordt dit recht aan de verdachte mee te delen.

na ademonderzoek als (strikte?) waarborg

1. Onderzoeken naar rijden onder invloed

Bij verdenking van rijden onder invloed mag een opsporingsambtenaar aan de bestuurder van een voertuig bevelen zijn medewerking te verlenen aan een onderzoek naar rijden onder invloed. Dit kan zijn een onderzoek naar rijden onder invloed van alcohol of een onderzoek naar rijden onder invloed van drugs, medicijnen of een andere stof die de rijvaardigheid kan verminderen. Het onderzoek naar rijden onder invloed van alcohol vindt in eerste instantie plaats door een analyse van de uitgedemde lucht van de verdachte bestuurder. Het aantonen van drugs en andere stoffen die de rijvaardigheid kunnen verminderen vindt plaats door middel van een bloedonderzoek. Bij dit laatste onderzoek is doorslaggevend of de verdachte bestuurder onder zodanige invloed van een stof verkeert dat hij niet tot behoorlijk besturen in staat moet worden geacht.¹⁾ De verdenking van rijden onder invloed van alcohol vloeit door gaans voort uit de uitslag van een voorlopig onderzoek naar de uitgedemde lucht (de blaastest) en kan overigens ook worden gebaseerd op een bij de bestuurder aanwezige dranklucht, zelfs wanneer de blaastest geen belastend resultaat oplevert.²⁾ De verdenking van gebruik van drugs en andere stoffen die de rijvaardigheid kunnen verminderen kan ontstaan door een bij een bestuurder verricht onderzoek van de psychomotorische-, oog- en spraakfuncties en een speekseltest (art. 160 lid 5 WVV 1994).

Het is verplicht om mee te werken aan een onderzoek naar rijden onder invloed (art. 163 lid 2 en 6 WVV 1994). Deze verplichting geldt voor de bestuurder van een motorrijtuig, waarbij deze strafbaar is indien hij bij een alcoholonderzoek meer dan 220 microgram alcohol per liter uitgedemde lucht in zijn adem heeft, oftewel 0,5 milligram alcohol per milliliter bloed (art. 8 lid 2 achter a en b WVV 1994). Daarnaast geldt de verplichting mee te werken aan een onderzoek naar rijden onder invloed voor de beginnende bestuurder van een motorrijtuig (waarbij een lagere limiet geldt van 0,2 milligram alcohol per milliliter bloed), de jeugdige bromfietsbestuurder, de bestuurder van overige voertuigen, zoals een fiets en degene die doet besturen, zoals een rijinstructeur en degene die vanaf 15 maart 2018 als begeleider fungeert van een bestuurder van een motorrijtuig die zijn rijbewijs B heeft³⁾ (art. 8

lid 2 t/m 5 WVV 1994). Deze verplichting leidt uitzondering in het geval van een bestuurder van wie aannemelijk is dat het verlenen van medewerking aan een ademonderzoek voor hem om bijzondere geneeskundige redenen onwenselijk is (art. 163 lid 3 WVV 1994).

Ademonderzoek

Het ademonderzoek wordt verricht door een opsporingsambtenaar en dient plaats te vinden via een goedgekeurd ademanalyseapparaat waarin de bestuurder zo nodig vier keer achter elkaar een voldoende hoeveelheid ademlucht moet blazen, zodat twee bruikbare meetresultaten worden verkregen.⁴⁾ Het ademonderzoek wordt niet eerder verricht dan twintig minuten nadat van de verdachte is gevorderd zijn medewerking te verlenen aan een blaastest of, indien die verdeling niet is gedaan, binnen twintig minuten na het eerste contact tussen de opsporingsambtenaar en de verdachte dat aanleiding was om de verdachte te bevelen zijn medewerking te verlenen aan een blaastest (art. 10 lid 1 t/m 3 Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer). Deze twintig-minutentermijn is ingesteld om te voorkomen dat nog aanwezige resten mondalcohol het resultaat van het ademonderzoek beïnvloeden. Uit onderzoek is gebleken dat twintig minuten na het eerste contact met de (verdachte) bestuurder elke rest van mondalcohol is verdwenen.⁵⁾ Op grond van een bevel tot medewerking dient de bestuurder gevolg te geven aan alle door de opsporingsambtenaar ten dienste van het onderzoek gegeven aanwijzingen (art. 163 lid 2 WVV).

Bloedonderzoek

Een bloedonderzoek komt aan de orde indien de bestuurder niet meewerkt aan een ademonderzoek omdat dit voor hem om bijzondere geneeskundige redenen onwenselijk is of in het geval dat zijn medewerking niet heeft geleid tot een voltooid ademonderzoek (art. 163 lid 3 en 4 WVV). Daartoe kan de bestuurder eerst worden gevraagd⁶⁾ om toestemming voor een bloedonderzoek en bij het uitblijven van deze toestemming mag het bevel worden gegeven dat hij meewerkt aan een bloedonderzoek.⁷⁾ De bestuurder is dan verplicht mee te werken aan een door een arts te verrichten bloedonderzoek (art. 163 lid 5 en 6 WVV 1994). Daarnaast heeft de verdachte bestuurder met ingang van 1 juli 2017 het recht op een tegenonderzoek in de vorm van een



Analyse van de uitgedemde lucht van de verdachte bestuurder.



1. HR 21 december 2004, NJ 2005/83.
2. HR 23 december 1986, NJ 1987/797.
3. Stb. 2018, 72.
4. HR 24 november 2015, NJ 2016/114 m.nt. F. Vellinga-Schootstra.
5. Stb. 1987, 315.
6. Dit vragen om toestemming voor een bloedonderzoek kan in bepaalde omstandigheden ook worden gedaan indien de verdenking van rijden onder invloed nog ontbreekt: HR 6 september 2005, NJ 2006/447, m.nt. J.M. Reijntjes.
7. Het vragen om toestemming voor een bloedonderzoek en vervolgens bij het niet verlenen van die toestemming bevelen dat medewerking wordt verleend aan een bloedonderzoek, kan worden gedaan in het geval van vermoeden van rijden onder invloed van alcohol of een andere stof: HR 27 februari 2007, NJ 2007/156.



Verdachte moet uitdrukkelijk worden gewezen op het recht op een tegenonderzoek.



bloedonderzoek nadat het resultaat van een ademonderzoek hem is meegedeeld. De bij het ademonderzoek betrokken opsporingsambtenaar dient hem van dit recht op de hoogte te stellen (art. 11 lid 2 en 3 Besluit).

2. Het recht op een tegenonderzoek

Dit recht is aan de verdachte bestuurder toegekend met de inwerkingtreding op 1 juli 2017 van de wet tot wijziging van de Wegenverkeerswet 1994 in verband met het verbeteren van de aanpak van het rijden onder invloed van drugs.⁸⁾ Daarbij is tevens het Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer (hierna: het Besluit) in werking getreden.⁹⁾ Met de invoering van dit Besluit zijn eveneens op 1 juli 2017 het Besluit alcoholonderzoeken (hierna: Bao), de Regeling voorlopig ademonderzoek, de Regeling ademanalyse, de Regeling typeaanwijzing ademanalyseapparaat en de Regeling bloed- en urineonderzoek ingetrokken omdat de voorschriften hieruit grotendeels zijn overgenomen in het Besluit, met uitzondering van de urineproef die is afgeschaft. Dit urineonderzoek is afgeschaft omdat er volgens de Minister van Veiligheid en Justitie (hierna: de Minister) geen medische gronden zijn op grond waarvan bij de (verdachte) bestuurder geen bloed kan worden afgenomen, zodat een urineonderzoek volgens de Minister in de praktijk niet aan de orde is.¹⁰⁾

Het Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer

Het Besluit voorziet in de verplichting voor opsporingsambtenaren om de verdachte na het resultaat van een ademonderzoek te wijzen op zijn recht op een tegenonderzoek. Het gaat er om dat de verdachte uitdrukkelijk wordt gewezen op dit recht.¹¹⁾ Het tegenonderzoek vindt plaats door middel van een bloedonderzoek, mits de verdachte direct nadat hij op het recht op tegenonderzoek is gewezen aan de opsporingsambtenaar kenbaar maakt dat hij van dit recht gebruikmaakt en het bloed van de verdachte direct daarna wordt afgenomen door een arts of verpleegkundige. De bloedafname van de verdachte vindt pas plaats indien hij een van te voren vastgesteld bedrag betaalt ter dekking van de kosten van de bloedafname (art. 11 lid 2 en 3 en 12 lid 1 Besluit). De verplichting om een verdachte te wijzen op het recht op een tegenonderzoek in de vorm van een bloedonderzoek is eveneens opgenomen in art. 12 lid 2 en 3 van het Besluit middelenonderzoek bij geweldplegers (hierna: Besluit middelenonderzoek). Het Besluit middelenonderzoek bevat regels over de uitvoering van de onderzoeken die ter vaststelling van het gebruik van geweldsbevorderende middelen bij geweldplegers kunnen worden ingezet.

Samenhang met het Besluit middelenonderzoek

Uit de toelichting op het Besluit middelenonderzoek blijkt dat het de uitdrukkelijke bedoeling is van de wetgever om in dit besluit de verplichting

op te nemen de verdachte te wijzen op het recht op een tegenonderzoek tegelijk met de mededeling van het resultaat van het nader ademonderzoek zoals bedoeld in art. 55e lid 1 Sv. De strekking van deze verplichting is dat de verdachte het tegenonderzoek kan gebruiken om het resultaat van het nader ademonderzoek te bestrijden.¹²⁾ De toelichting op art. 11 van het Besluit sluit hierbij aan. De toelichting bij dit artikel geeft aan dat in het geval dat de uitslag van het ademonderzoek het vermoeden bevestigt dat het alcoholgehalte bij de bestuurder hoger is dan wettelijk is toegestaan, hij deze uitslag kan bestrijden door gebruik te maken van het recht op tegenonderzoek. Dat dient de bestuurder te doen nadat de opsporingsambtenaar hem op dit recht heeft gewezen. De reden hiervoor is dat het tegenonderzoek door middel van een bloedonderzoek plaatsvindt en het bloed zo snel mogelijk van hem dient te worden afgenomen. Indien dat pas na verloop van enige tijd zou gebeuren, dan is de hoeveelheid alcohol in zijn bloed afgenomen of zelfs verdwenen. Directe bloedafname is bovendien van belang om ervoor te zorgen dat de hoeveelheid alcohol in zijn bloed gelijk is aan de hoeveelheid alcohol in de tijdens het ademonderzoek afgenomen adem. Indien deze hoeveelheden door tijdsverloop zouden verschillen, zou het bloedonderzoek ten onrechte een voor de verdachte bestuurder gunstiger uitslag kunnen opleveren dan het ademonderzoek.¹³⁾

3. Het tegenonderzoek na het ademonderzoek tot 1 juli 2017

Hoewel het Besluit grotendeels bestaat uit bepalingen die tot 1 juli 2017 golden, is het recht op een tegenonderzoek na mededeling van het resultaat van het ademonderzoek nieuw. Het tot die datum toepasselijke art. 10a Bao ging er vanuit dat opsporingsambtenaren niet verplicht zijn de verdachte na een positieve uitslag van het ademonderzoek op de mogelijkheid van een tegenonderzoek te wijzen.¹⁴⁾ Dit artikel bood de verdachte enkel de mogelijkheid om de wens kenbaar te maken voor het verrichten van een tegenonderzoek nadat hem het resultaat van het ademonderzoek was meegedeeld. Indien deze wens er was en het onderzoek daardoor niet werd vertraagd, vond dit tegenonderzoek plaats door een bloed- of urineonderzoek op kosten van de verdachte (art. 10a lid 1 t/m 3 Bao). In de rechtspraak over het kenbaar maken van deze wens tot het verrichten van een tegenonderzoek is bepaald dat deze wens uitdrukkelijk moest worden gedaan¹⁵⁾ en dat er geen verplichting voor opsporingsambtenaren was om de verdachte te wijzen op zijn recht op een tegenonderzoek¹⁶⁾ en na te gaan of de verdachte wellicht een tegenonderzoek wilde.¹⁷⁾ Een ondubbelzinnige betwisting door een verdachte van het resultaat van het ademonderzoek diende echter voor de betrokken opsporingsambtenaar aanleiding te zijn bij de verdachte te verifiëren of hij al

8. Stb. 2014, 353 en Stb. 2017, 234.
9. Besluit van 14 december 2016, Stb. 2016, 529.
10. Nota van Toelichting bij het Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer, Stb. 2016, 529, p. 28.
11. Instructie handhaving rijden onder invloed 1 oktober 2017, Stcrt. 2017, 52662, p. 5.
12. Nota van Toelichting bij het Besluit middelenonderzoek bij geweldplegers, Stb. 2016, 450, p. 17.
13. Stb. 2016, 529, p. 22.
14. Stb. 1987, 432.
15. HR 19 november 2002, VR 2003/109 en Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3143.
16. HR 5 januari 1999, VR 1999/94, HR 17 maart 2000, VR 2000/113 en Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:6157.
17. Hof Amsterdam 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4810.

dan niet van het recht op een tegenonderzoek gebruik wenste te maken.¹⁸⁾ Dit laatste sloot aan bij de toen geldende OM-aanwijzing onderzoek rijden onder invloed waarin aan opsporingsambtenaren de verplichting was opgelegd om de verdachte te wijzen op de mogelijkheid van een tegenonderzoek, indien de verdachte de uitslag van het ademonderzoek betwistte.

Een verplichting om de verdachte na het meedelen van het resultaat van het ademonderzoek te wijzen op het recht op tegenonderzoek vloeide evenmin voort uit art. 6 EVRM, omdat het recht op een eerlijk proces niet vergt dat de verdachte, ook in de gevallen waarin dit niet wettelijk is voorgeschreven, steeds wordt gewezen op de hem ten dienste staande mogelijkheden van verweer.¹⁹⁾ De in het Bao neergelegde regels over het ademonderzoek en het recht op een tegenonderzoek vielen ook niet binnen de werkingssfeer van EU-recht.²⁰⁾ Indien het door de verdachte uitdrukkelijk verzochte tegenonderzoek niet plaatsvond, kon het ademonderzoek niet gelden als een onderzoek in de zin van art. 8 lid 2 aanhef en onder a WVV 1994, zodat het resultaat van deze analyse niet mocht worden gebruikt voor het bewijs van rijden onder invloed.²¹⁾

Uit de rechtspraak over art. 10a Bao is voorts af te leiden dat deze bepaling moest worden gerekend tot het stelsel van strikte waarborgen waarmee de wetgever het onderzoek ter bepaling van het alcoholgehalte van de adem van de verdachte heeft omringd. Dit was slechts anders indien de verdachte alsnog blij gaf van dit recht af te zien, dan wel het aan zichzelf had te wijten dat het tegenonderzoek niet had plaatsgevonden.²²⁾ Tot het stelsel van strikte waarborgen behoorde evenwel niet dat aan de verdachte direct na het vernemen van het resultaat van het ademonderzoek werd meegedeeld dat hij het recht had op een tegenonderzoek.²³⁾

4. Strikte waarborgen voor het onderzoek naar rijden onder invloed

Dit stelsel van strikte waarborgen is vanaf het begin bepalend geweest voor de beoordeling van voorschriften voor het verrichten van onderzoeken naar rijden onder invloed (art. 8 lid 2 onder a en b WVV 1994). Dit stelsel vloeit voort uit de verregaande inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de verdachte en heeft ten doel zoveel als mogelijk fouten en onvolkomenheden die ten nadele van de verdachte strekken uit te schakelen.²⁴⁾ Voordat het eerste onderzoek naar rijden onder invloed in Nederland in de vorm van een bloedonderzoek werd ingevoerd op 1 november 1974, was een belangrijk bezwaar dat dit onderzoek een (te) grote inbreuk zou maken op de persoonlijke vrijheid van de verdachte. Uit de Kamerdebatten voor invoering van het bloedonderzoek blijkt een grote zorg over de be-

trouwbaarheid van de bepaling van het alcoholgehalte in het bloed en werd vaak gewezen op de inbreuk op de lichamelijke integriteit die het bloedonderzoek met zich mee zou brengen. De toenmalig verantwoordelijke ministers moesten bij voortdurend en met klem de noodzaak van de invoering van het bloedonderzoek als bewijsmiddel bij rijden onder invloed bepleiten en bij herhaling uitleggen dat het bloedonderzoek betrouwbaar was.²⁵⁾ Om het grote aantal verkeersslachtoffers door rijden onder invloed te verminderen, werd het bloedonderzoek ingevoerd maar werd dit onderzoek gekoppeld aan strikte waarborgen voor de rechten en belangen van de verdachte.

Strikte waarborgen en bloedonderzoek

Dit stelsel van strikte waarborgen werd in de rechtspraak over het bloedonderzoek van aanvang af als toetsingskader gehanteerd. Hierbij was het uitgangspunt dat in het geval een bloedonderzoek werd uitgevoerd in strijd met of in afwijking van deze waarborgen, het vereiste onderzoek naar rijden onder invloed niet op genoegzame wijze tot stand was gekomen.²⁶⁾ Dit had tot gevolg dat het resultaat van het bloedonderzoek niet als bewijs mocht worden gebruikt voor een veroordeling wegens rijden onder invloed van alcohol.²⁷⁾ Dit resultaat was immers in strijd met deze waarborgen verkregen en naar zijn aard niet vatbaar voor herstel zodat vrij-spraak voor rijden onder invloed diende te volgen.²⁸⁾

Strikte waarborgen en ademonderzoek

Dit uitgangspunt keert vaak terug na invoering van het ademonderzoek op 1 oktober 1987, waarbij het bloedonderzoek als eerste onderzoek naar rijden onder invloed werd vervangen door het ademonderzoek. Een aanzienlijk aantal procedu-revoorschriften voor het ademonderzoek werd daarbij aangemerkt als behorende tot het strikte stelsel van waarborgen waarmee de wetgever het onderzoek ter bepaling van het alcoholgehalte van de adem van de verdachte heeft omringd. De (krachtens art. 3 Regeling ademonderzoek) vereiste goedkeuring van het ademonderzoekapparaat behoorde tot het stelsel van strikte waarborgen²⁹⁾ evenals het voorschrift dat de opsporingsambtenaar tijdens de ademonderzoek moest handelen overeenkomstig de richtlijnen, neergelegd in het bij het ademonderzoekapparaat behorende gebruiksvoorschrift (art. 8 Regeling ademanalyse).³⁰⁾ Hetzelfde werd aangenomen voor het voorschrift dat na voltooiing van de ademanalyse het resultaat wordt meegedeeld aan de verdachte, alsmede dat een schriftelijke weergave van de ademanalyse bij het proces-verbaal wordt gevoegd (art. 10 Bao).³¹⁾ Ook moest de bij het proces-verbaal gevoegde schriftelijke weergave van het resultaat van het ademonderzoek leesbaar zijn. Dit kon niet worden ondervangen door de omstandigheid dat de bediener van het ademanalyseapparaat had gezien wat de uitslag van het ademonderzoek is



Stelsel van strikte waarborgen.



18. Hof Amsterdam 16 juli 2013, *NJFS* 2013/213 en Hof Amsterdam 6 juni 2016, *NJFS* 2016/164.
19. Hof Arnhem 4 maart 2011, *NJFS* 2011/124.
20. Rb. Noord-Holland 10 november 2016, *NJFS* 2017/38.
21. HR 31 oktober 2000, *NJ* 2000/725.
22. HR 27 juni 2000, *NJ* 2000/570 en HR 31 oktober 2000, *NJ* 2000/725.
23. HR 4 april 2017, *NJ* 2017/173
24. Conclusie A-G Leijten bij HR 17 juni 1986, *NJ* 1987/152.
25. W. H. Vellinga, 'Voetangels en klemmen bij de ademproef', *VR* 1987, p. 310.
26. HR 30 september 1980, *NJ* 1981/54, HR 14 oktober 1980, *NJ* 1981/489 en HR 16 februari 1982, *NJ* 1982/385.
27. HR 3 oktober 1978, *NJ* 1979/51, HR 30 september 1980, *NJ* 1981/54 en HR 16 februari 1982, *NJ* 1982/385.
28. HR 14 oktober 1980, *NJ* 1981/489 en HR 20 januari 1987, *NJ* 1987/666.
29. HR 22 december 1992, *NJ* 1993/386. Er hoeft niet uit de bewijsmiddelen te blijken dat het ademanalyseapparaat is voorzien van een geldige goedkeu-ringsverklaring: HR 22 oktober 1991, *NJ* 1992/219.
30. HR 30 januari 1996, *NJ* 1996/454.
31. A. Dijkstra en J.L. van der Neut, Besturen onder invloed, In: A. Harteveld e.a., *De Wegenverkeerswet 1994*, p. 163 en A.J.A. van Dorst, 'De ademanalyse in de praktijk', *VR* 1990, p. 173.



Bloedonderzoek op eigen kosten.



geweest.³²⁾ Voorts moest de bepaling inhoudende dat de verdachte direct nadat hem het resultaat van de ademanalyse wordt meegedeeld, op eigen kosten om een bloedonderzoek mag verzoeken (art. 10a Bao), worden gerekend tot het stelsel van strikte waarborgen waarmee de wetgever het onderzoek ter bepaling van het alcoholgehalte van de adem van de verdachte heeft omringd. Dit is slechts anders indien de verdachte alsnog blijkt gaf van dit recht af te zien, dan wel het aan zichzelf had te wijten dat het tegenonderzoek niet had plaatsgevonden.³³⁾ Het niet naleven van deze strikte waarborgen leidde ertoe dat het resultaat van het ademonderzoek niet kon gelden als een onderzoek in zin van artikel 8 aanhef en onder a van de Wegenverkeerswet 1994.³⁴⁾ Indien ander bewijs ontbrak, werd de verdachte vrijgesproken van het ten laste gelegde rijden onder invloed van alcohol.³⁵⁾

Tevens is na de vervanging van het bloedonderzoek door het ademonderzoek als eerste in aanmerking komende onderzoek naar rijden onder invloed het stelsel van strikte waarborgen van toepassing gebleven op bepaalde procedurevoorschriften voor het bloedonderzoek. Dit gold bijvoorbeeld voor het aan de verdachte toekomende recht om een tegenonderzoek te doen verrichten naar het alcoholgehalte van bloed of urine³⁶⁾ en voor het samenstel van voorschriften, dat bij bloedafname van een verdachte die niet in staat is zijn wil kenbaar te maken, een in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering bedoelde opsporingsambtenaar aanwezig diende te zijn, tenzij gewichtige omstandigheden zich daartegen verzetten (art. 14 en 16 lid 1 Bao).³⁷⁾

5. Directe en indirecte waarborgen

Uit de rechtspraak blijkt dat er ook gevallen zijn waarbij het niet voldoen aan sommige waarborgen voor het onderzoek naar rijden onder invloed niet leidt tot een onrechtmatig onderzoek. De omstandigheid dat in Duitsland bij een Nederlandse militair een bloedonderzoek werd uitgevoerd waarbij in strijd met het toen geldende Bloedonderzoekbesluit geen Nederlandse opsporingsambtenaar aanwezig was maar wel een Duitse opsporingsambtenaar, blokkeerde niet dat het bloedonderzoek voor het bewijs had mogen worden gebruikt.³⁸⁾ Ook in het geval dat de opsporingsambtenaar die het buisje met het van de verdachte afgenomen bloed verzegelde niet de opsporingsambtenaar bleek te zijn die bij het afnemen van het bloed aanwezig was geweest, mocht het resultaat van het bloedonderzoek toch voor het bewijs worden gebruikt, omdat vanwege de nauwe samenwerking tussen beide opsporingsambtenaren de kans op vergissing uitgesloten was.³⁹⁾ Daarnaast bleek het ontbreken van een corresponderend zegel niet in de weg te staan aan een bruikbaar resultaat van een onderzoek naar rijden onder invloed, aangezien door het ontbreken van dit zegel de kans op verwise-

ling van het buisje met het van de verdachte afgenomen bloed niet was toegevoegd.⁴⁰⁾ En ondanks de onjuiste mededeling van het resultaat van een verricht bloedonderzoek kon dit onderzoek voor het bewijs worden gebruikt indien de verdachte door dit verzuim niet in de voorbereiding van zijn verdediging was geschaad.⁴¹⁾ Tevens brachten de strikte waarborgen waarmee het onderzoek naar rijden onder invloed is omringd, niet mee dat een verdachte die de Nederlandse taal niet beheerste in het algemeen aanspraak kon maken op vertaling van het resultaat van het ademonderzoek.⁴²⁾

Betrouwbaarheid resultaat onderzoek

Deze gevallen maken duidelijk dat het niet nakomen van een waarborg waarmee het onderzoek naar rijden onder invloed is omkleed, niet altijd leidt tot een onbruikbaar onderzoek waardoor het resultaat van het onderzoek niet voor het bewijs mag worden gebruikt. Dit hangt samen met het beoogde doel van het voorschrift dat niet is nageleefd. Volgens Simmelink zijn er voorschriften die de betrouwbaarheid van het resultaat van het onderzoek naar rijden onder invloed direct beogen te waarborgen en voorschriften die de betrouwbaarheid van dit resultaat indirect beogen te waarborgen. Bij het niet naleven van voorschriften die zien op de betrouwbaarheid van het onderzoek naar rijden onder invloed, kan achteraf niet worden nagegaan wat het resultaat van dit onderzoek was geweest indien de waarborg in acht was genomen. Dit is anders bij indirecte waarborgen, waarbij wel achteraf kan worden onderzocht of de schending van het voorschrift mogelijkwijs heeft geleid tot twijfel over de betrouwbaarheid van het resultaat van het onderzoek naar rijden onder invloed of een benadeling van de belangen van de verdachte. Schending van dergelijke indirecte waarborgen hoeft niet in de weg te staan aan de betrouwbaarheid van het resultaat van het onderzoek, zodat dit voor het bewijs van rijden onder invloed mag worden gebruikt.⁴³⁾

Op basis van dit onderscheid wordt bijvoorbeeld de bediening van een ademanalyseapparaat door een niet een bevoegde opsporingsambtenaar opgevat als een indirecte waarborg.⁴⁴⁾ De bediening door een daartoe aangewezen opsporingsambtenaar is geen doel op zich en staat in een tamelijk ver verwijderd verband met datgene waarom het uiteindelijk gaat: dat gewaarborgd is dat het resultaat van het ademonderzoek betrouwbaar is. De schending van het voorschrift van de formele aanwijzing van de opsporingsambtenaar door het bevoegd gezag komt dan ook voor relativisering in aanmerking indien de opsporingsambtenaar heeft aange-toond over de vereiste bekwaamheid te beschikken, de formele aanwijzing enkel door een administratieve omissie is uitgebleven en er geen aanwijzingen zijn dat de opsporingsambtenaar bij de bediening van het ademanalyseapparaat fouten heeft gemaakt die op de betrouwbaarheid van het resultaat van invloed kunnen zijn

32. HR 3 april 2001, VR 2001/110.
33. HR 27 juni 2000, NJ 2000/570 en HR 31 oktober 2000, NJ 2000/725.
34. HR 22 december 1992, NJ 1993/386 en HR 31 oktober 2000, NJ 2000/725.
35. HR 3 april 2001, VR 2001/110.
36. HR 21 februari 1995, NJ 1995/439.
37. HR 7 maart 2000, NJ 2000/362. Volgens de Rb. Gelderland behoort de in art. lid 3 van het Besluit genoemde termijn van anderhalf uur waarbinnen een bloedonderzoek dient plaats te vinden ook tot het stelsel van strikte waarborgen, maar volgens de Rb. Amsterdam niet. Zie resp. Rb. Gelderland 23 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1951 en Rb. Amsterdam 19 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2629.
38. HR 30 september 1980, NJ 1981/46.
39. HR 18 oktober 1983, NJ 1984/261, VR 1984/87.
40. HR 17 juni 1986, NJ 1987/152.
41. HR 21 mei 1991, NJ 1991/770, VR 1991/127. In gelijke zin ten aanzien van de onjuiste mededeling van het resultaat van het ademonderzoek: HR 1 februari 2000, NJ 2000/244.
42. HR 11 februari 2002, NJ 2003/275.
43. Noot J.B.H.M. Simmelink onder Hof Leeuwarden 6 maart 2007, VR 2007/48.
44. Zie nader J.W. van der Hulst, 'Onbevoegde bediening ademanalyseapparaat', VR 2007, p. 97-100.

geweest.⁴⁵⁾ Deze opvatting is door de Hoge Raad gevolgd, in de zin dat de juistheid van het resultaat van een ademonderzoek wordt gewaarborgd door de uitvoering van dit onderzoek enkel op te dragen aan opsporingsambtenaren die de benodigde kennis en vaardigheden bezitten om het ademanalyseapparaat te bedienen, waarbij niet doorslaggevend is dat deze opsporingsambtenaren niet daartoe zijn aangewezenen.⁴⁶⁾

6. Wat voor waarborg is het recht op een tegenonderzoek?

Het onderscheid in directe en indirecte waarborgen is van belang voor de beoordeling van het recht op tegenonderzoek na het bekend worden van het resultaat van een ademonderzoek. Bij deze beoordeling rijzen twee vragen. Behoort dit recht tot het stelsel van strikte waarborgen en wat dient het gevolg te zijn indien deze waarborg niet wordt nageleefd? Deze vragen zijn eveneens te herkennen in door het openbaar ministerie aangevoerde opvattingen in een drietal zaken over het recht op een tegenonderzoek die na 1 juli 2017 zijn behandeld en die hierna zullen worden besproken. Volgens het openbaar ministerie is het feit dat een opsporingsambtenaar in strijd met art. 11 lid 2 van het Besluit nalaat de verdachte te wijzen op zijn recht op tegenonderzoek, geen schending van het stelsel van strikte waarborgen, zoals neergelegd in het Besluit, omdat deze verplichting geen strikte waarborg betreft. De verplichting om te wijzen op dit recht op tegenonderzoek strekt er namelijk niet toe de juistheid van het resultaat van de ademanalyse te waarborgen. Aan het niet voldoen aan deze verplichting dient geen ander gevolg te worden verbonden dan de enkele constatering dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim.

Voor de opvatting dat het recht op een tegenonderzoek geen strikte waarborg is, pleit dat dit recht niet direct de betrouwbaarheid van het resultaat van het ademonderzoek raakt. Het recht op een tegenonderzoek biedt enkel de mogelijkheid om het onderzoek naar rijden onder invloed opnieuw door middel van een bloedonderzoek te laten verrichten. En omdat dit bloedonderzoek vlak na het ademonderzoek plaats dient te hebben, is het niet te verwachten dat het resultaat van dit laatste onderzoek zal afwijken van het resultaat van het ademonderzoek. Niettemin lijkt de wetgever in de toelichting bij de introductie van het recht op een tegenonderzoek uit te gaan van een ruimere uitleg van wat onder een strikte waarborg moet worden verstaan. De kerngedachte is daarbij dat indien zich het geval voordoet dat de uitslag van het ademonderzoek het vermoeden bevestigt dat het alcoholgehalte bij de bestuurder hoger is dan wettelijk is toegestaan, hij deze uitslag kan bestrijden door gebruik te maken van het recht op een tegenonderzoek.⁴⁷⁾ Deze overweging lijkt

duidelijk aan te geven dat de uitoefening van het recht op een tegenonderzoek kan leiden tot twijfel aan het resultaat van een ademonderzoek en dat daarmee het recht op een tegenonderzoek een strikte waarborg is die geldt voor het onderzoek naar rijden onder invloed.

Recente rechtspraak

Deze laatste opvatting vindt bevestiging in drie uitspraken van rechters van na 1 juli 2017 over het waarborggehalte van het recht op een tegenonderzoek. De politierechter van de rechtbank Gelderland is van oordeel dat de verplichting de verdachte na de uitslag van het ademonderzoek op zijn recht op een tegenonderzoek te wijzen, is opgenomen om de verdachte in staat te stellen tijdig zijn verdediging tegen het resultaat van de ademanalyse voor te bereiden. Vanwege dit belang moet deze verplichting worden gerekend tot de strikte waarborgen, waarmee het onderzoek naar rijden onder invloed van alcohol is omringd.⁴⁸⁾ Het Hof Arnhem-Leeuwarden is van oordeel dat de verplichting om de verdachte op zijn recht op tegenonderzoek te wijzen, in de wet is opgenomen om hem in staat te stellen tijdig zijn verdediging tegen het resultaat van de ademanalyse voor te bereiden. Dat kan met het oog op de betrouwbaarheid van de gemeten resultaten op geen ander moment dan direct na het uitvoeren van het ademonderzoek. Daarom raakt de verplichting tot mededeling van dit recht direct aan de juistheid en betrouwbaarheid van het onderzoek naar rijden onder invloed. Gelet hierop moet deze verplichting worden gerekend tot de strikte waarborgen, waarmee dit onderzoek is omringd.⁴⁹⁾ En het Hof Den Haag stelt op basis van de toelichting bij het Besluit vast dat de verplichting om de verdachte op zijn recht op tegenonderzoek te wijzen is opgenomen om de verdachte in staat te stellen tijdig zijn verdediging tegen het resultaat van de ademanalyse voor te bereiden. Daarbij is van belang dat het wijzen op het recht op een tegenonderzoek imperatief is voorgeschreven. Onder deze omstandigheden behoort het wijzen op dit recht tot de strikte waarborgen waarmee het onderzoek naar rijden onder invloed van alcohol is omringd.⁵⁰⁾ In deze drie uitspraken wordt expliciet gerefereerd aan de toelichting bij art. 11 van het Besluit op basis waarvan het recht op een tegenonderzoek als een strikte waarborg wordt beoordeeld en het uitoefenen van dit recht een te respecteren verdedigingsbelang betreft.

7. Het gevolg van het niet naleven van de verplichting om te wijzen op het recht op een tegenonderzoek

De vaststelling dat het bij het recht op een tegenonderzoek gaat over een strikte waarborg, is van belang voor de beantwoording van de vraag welk gevolg moet worden verbonden aan het



Twijfel aan het resultaat van een ademonderzoek.



45. Conclusie A-G Knigge bij HR 2 oktober 2007, NJ 2008/247 m.nt. Y. Buruma.
46. HR 2 oktober 2007, NJ 2008/247 m.nt. Y. Buruma. Daarmee is afgeweken van eerdere uitspraken waarbij de waarborg van de 'aangewezen opsporingsambtenaar' werd gerekend tot de strikte waarborgen, waarmee het ademonderzoek naar rijden onder invloed is omgeven: HR 26 april 1994, VR 1994/220 en HR 30 januari 1996, NJ 1996/454.
47. Stb. 2016, 529, p. 22.
48. Rb. Gelderland 13 oktober 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5429.
49. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11401.
50. Hof Den Haag 2 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1776.



Verdachte moet zich tijdig kunnen voorbe- reiden op zijn verdedi- ging.



niet naleven van deze waarborg doordat opsporingsambtenaren hebben verzuimd de verdachte op dit recht te wijzen. Verdedigd kan dan worden dat art. 359a Sv op dit verzuim van toepassing is.⁵¹⁾ Zou het een indirecte waarborg betreffen, dan is het volgens het openbaar ministerie voldoende dat dit verzuim enkel leidt tot het gevolg dat moet worden geconstateerd dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim. Nu het gaat om een strikte waarborg lijkt deze opvatting geen stand te kunnen houden. Op basis van de omvangrijke rechtspraak over gevolgen van niet naleving van strikte waarborgen bij onderzoeken naar rijden onder invloed tot nu toe (zie paragraaf 4), lijkt het onontkoombaar dat een verzuim om de verdachte te wijzen op het recht op tegenonderzoek gevolgen heeft voor het bewijs van rijden onder invloed. De standaardopvatting in deze rechtspraak is dat door het niet naleven van een strikte waarborg het onderzoek naar rijden onder invloed niet kan worden aangemerkt als een onderzoek zoals bedoeld in art. 8 lid 2 achter a en b WVV 1994, zodat het resultaat van dit onderzoek niet kan bijdragen aan het bewijs van rijden onder invloed.

Deze opvatting wordt dan ook bevestigd in de uitspraken van de politierechter in Gelderland en het Hof Arnhem-Leeuwarden, die het resultaat van het ademonderzoek waarbij verzuimd is de verdachte te wijzen op zijn recht op een tegenonderzoek, uitsluiten van het bewijs. Volgens het Hof Den Haag dwingt het niet naleven van een als strikte waarborg aan te merken voorschrift echter niet zonder meer tot de conclusie dat geen sprake is van een onderzoek naar rijden onder invloed van alcohol. Daartoe is van belang dat het recht op een tegenonderzoek ertoe strekt dat de verdachte zich tijdig kan voorbereiden op zijn verdediging en er niet op is gericht om de juistheid of betrouwbaarheid van de uitkomst van het ademonderzoek te waarborgen. Omdat het proces-verbaal van de politie in deze zaak geen verklaring of uitlating van de verdachte inhoudt, waaruit kan worden afgeleid dat de verdachte tegenover de politie het resultaat van het ademonderzoek heeft betwist en de verdachte zowel in eerste aanleg als in hoger beroep dit resultaat niet heeft bestreden, ziet het Hof aanleiding te oordelen dat toch sprake is geweest van een voor het bewijs te gebruiken onderzoek naar rijden onder invloed, hoewel de verdachte niet is gewezen op het recht op een tegenonderzoek.

Deze opvatting lijkt voor betwisting vatbaar. Hetzelfde Hof overweegt in zijn uitspraak dat het wijzen op het recht op een tegenonderzoek een strikte waarborg is en dat het wijzen op dit recht imperatief is voorgeschreven door de wetgever. Uitgaande van deze opvatting ligt het niet voor de hand om het niet naleven van deze 'imperatieve waarborg' te compenseren met de passieve opstelling van de verdachte. Op deze wijze lijkt het Hof via een achterdeur de rechtspraak over het recht op een tegenonderzoek tot 1 juli 2017 binnen te laten. Deze rechtspraak lijkt met invoering van het Besluit en de daarbij behorende toe-

lichting evenwel gedateerd, omdat er thans sprake is van een recht op een tegenonderzoek waar de verdachte door een opsporingsambtenaar uitdrukkelijk op moet worden gewezen. Bovendien is deze invoering afgestemd met de invoering van het Besluit middenonderzoek waarbij eveneens de verdachte er op moet worden gewezen dat hij het recht op een tegenonderzoek heeft na het bekend worden van het resultaat van een nader ademonderzoek. Nu de wetgever hiermee niet over een nacht ijs is gegaan en de rechtspraak over de gevolgen van het verzuim om de verdachte te wijzen op een strikte waarborg voor het onderzoek naar rijden onder invloed tot nu toe duidelijk is geweest, lijkt deze opvatting van het Hof onjuist.

8. Ter afsluiting

De opvatting van de politierechter van de rechtbank Gelderland en het Hof Arnhem-Leeuwarden dat door het niet naleven van een strikte waarborg het onderzoek naar rijden onder invloed niet kan worden aangemerkt als een onderzoek bedoeld in art. 8 lid 2 achter a en b WVV 1994, zodat het resultaat van dit onderzoek niet kan bijdragen aan het bewijs van rijden onder invloed, komt mij overtuigender voor dan de opvatting van het Hof Den Haag. De opvatting van de politierechter en het Hof Arnhem-Leeuwarden sluit, zoals gezegd, aan bij de standaard in de rechtspraak tot nu toe over de gevolgen van het niet nakomen van een strikte waarborg bij een onderzoek naar rijden onder invloed en sluit daarnaast ook beter aan bij de algemene gedachte dat de overheid zich dient te houden aan de voor overheidsop treden geformuleerde strikte waarborgen. Algemene belangen van handhaving brengen met zich mee dat met het consequent vasthouden aan procedurevoorschriften wordt beoogd de betrouwbaarheid van onderzoeken naar rijden onder invloed beter te waarborgen. Dit stimuleert de politie om de voorschriften strikt toe te passen en vermindert de kans op moeizame discussies over de betrouwbaarheid van het onderzoek ten overstaan van de rechter.⁵²⁾

Bovendien is de geloofwaardigheid van verkeershandhaving er mee gediend dat aan de samenleving op duidelijke wijze wordt getoond dat de overheid, die in dit rechtsgebied veelvuldig corrigerend en sanctionerend optreedt, zich zelf ook aan de regels moet houden.⁵³⁾ De legitimiteit en maatschappelijke acceptatie van opsporingshandelingen wordt niet bevorderd indien wordt verzuimd een duidelijk geformuleerde strikte waarborg na te leven en het gevolg hiervan afhankelijk te laten zijn van de proceshouding van de verdachte, zoals in de uitspraak van het Hof Den Haag gebeurt. Daarmee zou ook een procedurele stimulans voor de politie om behoorlijk werk te leveren worden verzwakt.⁵⁴⁾

51. Verg. HR 16 december 2014, NJ 2015/107 m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

52. Conclusie A-G Knigge bij HR 2 oktober 2007, NJ 2008/247 m.nt. Y. Buruma.

53. Zie over dit demonstratieargument: G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers, Het Nederlands strafprocesrecht, *Kluwer* 2014, 8ste druk, p. 817.

54. Verg. noot J.M. Reijntjes onder HR 6 september 2005, NJ 2006/447.