

ANNOTATIE

## Vrijspraak rijden onder invloed.

**mr. J.H.J. Verbaan**

*Annotatie bij Hoge Raad, 22-01-2019, ECLI:NL:HR:2019:92 (SR-2019-0011)*

Het Openbaar Ministerie klaagt in een zaak waarin verdachte is vrijgesproken van het hem ten laste gelegde rijden onder invloed van alcoholische drank, over het oordeel van het hof dat het voorschrift van artikel 11 lid 2 Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer inzake de mededeling van het recht op een tegenonderzoek, behoort tot de strikte waarborgen waarmee het (adem)onderzoek in de zin van artikel 8 lid 2 en 3 WVV 1994 is omringd, van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Gesteld wordt dat de niet-naleving van dit vormvoorschrift niet dient te leiden tot vrijspraak, omdat geen sprake is geweest van een 'onderzoek' in de zin van voornoemde bepaling, maar moet worden beoordeeld als een (onherstelbaar) vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv waarvan het rechtsgevolg na afweging van de ter zake in aanmerking te nemen factoren moet worden bepaald.

Het hof heeft ten aanzien van de vrijspraak de toepasselijke bepaling van het Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer (Besluit van 14 december 2016, *Stb.* 2016, 529) aangehaald en overwogen dat blijkens het proces-verbaal ter zake van artikel 8 WVV 1994 verdachte na het afnemen van het ademonderzoek direct het resultaat daarvan is medegedeeld. De verbalisanten hebben in het proces-verbaal, voor zover hier van belang, tevens het volgende gerelateerd: 'Met ingang van 1 juli 2017 moet de politie in alle artikel 8 zaken de verdachte mededelen dat hij/zij recht heeft op tegenonderzoek. Dit zijn wij verbalisanten abusievelijk vergeten te vragen. Wij verbalisanten hadden op het moment van blazen niet de kennis van het bovengenoemde. Echter wij verbalisanten hoorden de verdachte zeggen: "Ik geloof het ademanalyseapparaat wel en ik betwist de uitslag niet. Maar ik heb geen alcohol gehad", of woorden van gelijke strekking.'

Het hof stelt op grond van het voorgaande vast dat de verbalisanten verdachte niet hebben

gewezen op zijn recht op tegenonderzoek. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is meermalen beslist dat de in het Besluit als bedoeld in artikel 163 lid 10 WvW 1994 opgenomen regels een stelsel van strikte waarborgen vormen waarmee het onderzoek als bedoeld in artikel 8 lid 2 aanhef en onder a WvW 1994 is omringd. De regeling omtrent de mogelijkheid tot het doen verrichten van een tegenonderzoek maakt deel uit van dit stelsel van strikte waarborgen, zoals de Hoge Raad onder meer heeft beslist in ECLI:NL:HR:2000:AA4777. In verband daarmee moet worden aangenomen dat het bewijs van het handelen in strijd met het eerste, tweede lid of derde lid van genoemd artikel 8 slechts dan mede op het resultaat van een ademonderzoek mag worden gegrond, indien in verband met dat onderzoek de in artikel 163 lid 10 WvW 1994 bedoelde nadere regels in acht zijn genomen. In de jurisprudentie van de Hoge Raad (onder meer ECLI:NL:HR:2017:593) is eveneens beslist dat – naar het (toen) geldende recht – niet tot het stelsel van strikte waarborgen behoorde dat (onverwijld) aan verdachte wordt medegedeeld dat hij recht heeft op een tegenonderzoek.

De vraag die aan het hof voorligt is of artikel 11 Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer, waarin thans is bepaald dat verdachte dient te worden gewezen op zijn recht op tegenonderzoek, moet worden gerekend tot de strikte waarborgen waarmee het onderzoek is omringd. In de nota van toelichting bij het Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer (p. 11) is het volgende opgenomen:

‘Indien de uitslag van een ademonderzoek het vermoeden bevestigt dat het alcoholgehalte in de adem van de verdachte bestuurder hoger is dan wettelijk is toegestaan, kan hij de uitslag bestrijden door gebruik te maken van zijn recht op tegenonderzoek. Dat dient hij op grond van het derde lid van artikel 11 direct te doen nadat de opsporingsambtenaar hem op dit recht heeft gewezen. De reden daarvoor is dat het tegenonderzoek op grond van dat artikellid door middel van een bloedonderzoek geschiedt en het bloed zo snel mogelijk van hem dient te worden afgenomen omdat, indien dat pas na verloop van tijd gebeurt, de hoeveelheid alcohol in zijn bloed is afgenomen of 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 eerder – in het kader van het ademonderzoek – afgenomen adem. Als de hoeveelheden door het tijdsverloop zouden verschillen, zou het bloedonderzoek ten onrechte een voor de verdachte gunstigere uitslag kunnen opleveren dan het ademonderzoek.’

Gelet hierop is het hof van oordeel dat de verplichting 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 het ademonderzoek 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 dat recht naar het oordeel van het hof direct aan de juistheid en betrouwbaarheid van het onderzoek.

Gelet hierop moet deze verplichting worden gerekend tot de strikte waarborgen waarmee het onderzoek als bedoeld in artikel 8 lid 2 en 3 WVV 1994 is omringd. Nu verzuimd is de verdachte te wijzen op dit recht op tegenonderzoek is deze regel niet in acht genomen. Hieruit volgt dat het bewijs van het handelen in strijd met het derde lid van artikel 8 WVV 1994 niet (mede) op het resultaat van het ademonderzoek mag worden gebaseerd. Dit betekent dat het resultaat van het ademonderzoek van het bewijs moet worden uitgesloten. Bij gebrek aan toereikend wettig bewijs zal verdachte van het primair ten laste gelegde worden vrijgesproken.

De Hoge Raad overweegt dat genoemd artikel 11 lid 2 Besluit alcohol, drugs en geneesmiddelen in het verkeer – kort gezegd – inhoudt dat in geval van een ademonderzoek de opsporingsambtenaar het resultaat van het ademonderzoek direct aan de verdachte mededeelt en hem, indien het ademonderzoek het vermoeden bevestigt dat het alcoholgehalte in zijn adem hoger is dan op grond van de toepasselijke wet is toegestaan, erop wijst dat hij het recht heeft op een tegenonderzoek. Het hof heeft geoordeeld dat de verplichting tot mededeling van dat recht op een tegenonderzoek moet worden gerekend tot de strikte waarborgen waarmee het onderzoek als bedoeld in artikel 8 lid 2 en 3 WVV 1994 is omringd. De Hoge Raad oordeelt dat dat oordeel juist is. Anders dan de klacht – in navolging van het door de advocaat-generaal bij het hof ingenomen standpunt – betoogt, is artikel 359a Sv hier niet van toepassing.