

## Jurisprudentie

Onder zorg van prof.dr. P.W.C. Akkermans M. Lit., prof.mr. Th.M. de Boer, prof.mr. P.J.J. van Buuren, prof.mr. J.L.P. Cahen, prof.mr. H. Cohen Jehoram, prof.mr. Th.G. Drupsteen, prof.mr. M.S. Groenhuijsen, prof.mr. J. Hijma, prof.mr. H.U. Jesserun d'Oliveira, prof.mr. D.H. de Jong, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr. K.J.M. Mortelmans, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. A.H.J. Swart, prof.dr. J.W. Zwemmer.

### Ademanalyse-arrest I

Prof.mr. M.S. Groenhuijsen

Hoge Raad 6 maart 1990, nr. 87565, *NJ* 1990, 467 m.n. Sch (mrs. Van den Blink, Jeukens, Mout, Keijzer, Neleman; A-G Meijers).

**Onder onderzoek ex artikel 26 lid 2 sub a WVV (de zogenaamde ademanalyse) is een recht van de verdachte op tegenonderzoek niet begrepen**

Aan de verdachte in deze zaak is telastegelegd dat hij op 25 november 1988 te Voorschoten twee maal onder invloed van alcohol een auto heeft bestuurd. In beide gevallen was dit vastgesteld met behulp van een apparaat dat aangaf dat het alcoholgehalte van zijn adem veel hoger

was dan wettelijk is toegestaan.

De politierechter sprak de verdachte vrij, omdat: 'uit de stukken niet bleek dat de gebruikte ademanalyse-apparaten ten tijde van het onderzoek waren voorzien van een geldige verklaring als bedoeld in art. 4 Besluit alcohol-onderzoeken jo. de art. 3 en 5 Regeling ademanalyse, zodat niet kon worden vastgesteld of er telkens sprake was van een onderzoek in de zin van art. 26 lid 2 onder a WVV'.

Nadat het openbaar ministerie tegen deze uitspraak hoger beroep instelde, bevestigde het gerechtshof in Den Haag op 6 november 1989 het vonnis van de politierechter 'met verbetering van gronden'. Uit de omvangrijke motive-

ring in het arrest van het hof worden hier de belangrijkste onderdelen vermeld:

'3 Uit de wettelijke voorschriften die de ademanalyse regelen blijkt dat de met het onderzoek belaste opsporingsambtenaar zeer grote bevoegdheden heeft, terwijl de verdachte geen of nagenoeg geen rechten heeft. Met name heeft de verdachte niet het recht op een tegenonderzoek nadat het ademonderzoek is voltooid. Zoals uit het hiervoren overwogene volgt, was dit anders toen — vóór de inwerkingtreding van de Wet van 1 juli 1987 — voor iedere bestuurder van een voertuig ten aanzien van wie de verdenking was gerezen dat hij had gehandeld in strijd met art. 26 VVW de verplichting gold tot het verlenen van medewerking aan een bloedonderzoek, en is dit nog steeds anders voor de bestuurder voor wie de opsporingsambtenaar de mogelijkheid heeft geopend zijn medewerking te verlenen aan een bloed- of urineonderzoek in plaats van een ademonderzoek.

4 De vraag rijst of de regering bevoegd was om in het Besluit alcoholonderzoeken de verdachte die heeft medegewerkt aan een ademonderzoek, het recht op enigerlei tegenonderzoek te onthouden. Bij de beantwoording van die vraag dient het navolgende onder ogen te worden gezien.

5.1.1 Het recht op een tegenonderzoek berust op een fundamenteel rechtsbeginsel, te weten: the equality of arms. Deze geest ademen ook art. 6 lid 3 aanhef en onder d EVRM en art. 14 lid 3 aanhef en onder a IVBP. Dit rechtsbeginsel wint in de onderhavige situatie nog aan kracht, nu het gaat om een geval waarin — anders dan volgens de gewone regels van strafvordering gebruikelijk is — bij de bewijslevering gebruik mag worden gemaakt van de uitkomst van een onderzoek waaraan de verdachte niet uit eigen vrije wil heeft meegewerkt. Nu van het tegendeel niet uitdrukkelijk is gebleken, moet worden aangenomen dat de wetgever bij het in het leven roepen van de Wet van 1 juli 1987 op dit rechtsbeginsel geen inbreuk heeft willen maken.

5.1.2 Voor alle duidelijkheid merkt het hof op dat aan de wetsgeschiedenis een aanknopingspunt ontleend zou kunnen worden voor de opvatting dat de wetgever de verdachte dit recht op een tegenonderzoek heeft willen onthouden. In de MvT (p. 7) valt — na de beschrijving van de wijze waarop de ademanalyse in de praktijk zal worden toegepast — nl. te lezen dat er geen aanleiding bestaat te voorzien in de mogelijkheid van een contra-expertise met betrekking tot de uitslag van de ademanalyse, waaraan nog wordt toegevoegd dat in technisch opzicht een tegenonderzoek grote problemen oplevert bij de moderne apparaten en voorts dat de ademanalyse geschiedt door een geïjkt apparaat, waarbij de uitslag onmiddellijk schriftelijk aan de betrokkene ter hand wordt gesteld.

5.1.3 Naar het oordeel van het hof komt aan deze uitlating onvoldoende gewicht toe om haar als het standpunt van de wetgever te kunnen aanmerken. Indien de wetgever aan de regering zou hebben willen toestaan dat bij het creëren van het Besluit alcoholonderzoeken inbreuk zou worden gemaakt op het fundamenteel rechtsbeginsel van het recht op een tegenonderzoek, zou hij daarvoor een uitdrukkelijke wettelijke grondslag hebben moeten leggen. Dat is niet gebeurd.

5.1.4 Bedoelde uitlating in de MvT heeft geen onderwerp van het debat gevormd. Bij een zo belangrijke kwestie als het recht op een tegenonderzoek vormt een onbesproken gelaten mededeling van regeringswege een onvoldoende basis om uit dit stilzwijgen een bepaalde bedoeling van de wetgever af te leiden. Daarvoor is in een geval als het onderhavige nodig dat uitdrukkelijk en ondubbelzinnig blijkt dat ook het parlement het door de regering ingenomen standpunt deelde. Daarvan is geen sprake. Met name blijkt uit de wetsgeschiedenis niet dat voor de hand liggende alternatieven onder ogen zijn gezien. Gelet op de nagestreefde uitwisselbaarheid van de uitkomst van enerzijds de ademanalyse en anderzijds het bloedonderzoek (waarop hierna onder 5.2.4 nog wordt teruggekomen), zou het bijv. voor de hand hebben gelegen dat gesproken zou zijn over de mogelijkheid tot toekenning van het recht op een tegenonderzoek in de vorm van een bloedonderzoek of indien daartoe aanleiding bestaat, een urineonderzoek.

5.1.5 Het hof merkt voorts op dat de in de MvT vermelde omstandigheden (te weten de wijze waarop de ademanalyse wordt uitgevoerd, de moeilijkheden die een tegenonderzoek vanuit technisch opzicht oplevert, dat die ademanalyse geschiedt met gebruikmaking van een geïjkt apparaat en dat de uitslag onmiddellijk schriftelijk wordt medegedeeld), niet zonder meer een voldoende c.q. overtuigende rechtvaardiging kunnen vormen voor het ontzeggen van enige vorm van tegenonderzoek aan de verdachte. Immers, de door de regering aangevoerde omstandigheden die een tegenonderzoek overbodig zouden maken, kunnen niet wegnemen dat in voorkomende gevallen ernstig getwijfeld zou kunnen worden aan de juistheid van de uitslag van de ademanalyse.

Het hof wijst erop dat reeds het voorschrift dat elk ademanalyse-apparaat ieder half jaar moet worden geïjkt en goedgekeurd, kennelijk stoelt op de gedachte dat de niet te verwaarlozen kans bestaat dat dit apparaat afwijkingen kan gaan vertonen die bij de ondertussen uitgevoerde ademanalyse niet aan het licht zijn gekomen.

5.1.6 Niet zonder betekenis is tenslotte ook nog dat de minister van Justitie in antwoord op een gestelde vraag betoogd heeft dat zich bij de toepassing van de te creëren vervolgings- en vorderingsrichtlijnen grensgevallen kunnen voordoen waarbij het aan de

rechter is overgelaten uit te maken in hoeverre hem het verweer van de verdachte aannemelijk voorkomt, dat de toegepaste correctiefactor zodanig is dat zijn ademalcoholgehalte in feite onder de in die richtlijnen genoemde grens lag (*Hand. II* 5 febr. 1987, p. 46-2542). De beoordeling van een dergelijk verweer is echter goeddeels onmogelijk indien de verdachte geen gebruik heeft mogen maken van enigerlei vorm van tegenonderzoek. Immers, indien de verdachte wel het recht op een tegenonderzoek zou zijn toegekend, is het in een dergelijk geval van tweeën één: of de verdachte heeft van dat recht gebruik gemaakt en dan kan de uitslag van dat tegenonderzoek worden gebruikt bij de beoordeling van de juistheid van het verweer, of de verdachte heeft van dat recht geen gebruik gemaakt en dan kan aan die opstelling een voor de verdachte negatieve consequentie worden verbonden. Het onthouden van een recht op een tegenonderzoek aan de verdachte, levert derhalve uiteindelijk voor de rechter grote problemen op bij een juiste en gewetensvolle uitoefening van de hem toevertrouwde taken. In dat verband kan er ook nog op worden gewezen dat het van algemene bekendheid is dat bepaalde lichamelijke kwalen en ziekten een ongunstig effect kunnen hebben op het ademalcoholgehalte. Voor een juiste beoordeling van de vraag of een dergelijke aandoening van invloed is geweest op het geconstateerde ademalcoholgehalte, is een tegenonderzoek — bij voorkeur in de vorm van een bloedproef op de uitslag waarvan de aandoening niet van invloed is — nagenoeg onmisbaar.

5.2.1 Voorts brengt het gelijkheidsbeginsel — eveneens een fundamenteel rechtsbeginsel — met zich mee dat, behoudens volstrekte verhindering, de regels inzake de processuele positie van de verdachte niet anders behoren te zijn bij een ademonderzoek dan bij een bloed- of urineonderzoek. Dit klemte te meer nu ingevolge art. III Wet van 1 juli 1987 het ademonderzoek en het bloedonderzoek gedurende twee jaar als volwaardige alternatieven naast elkaar hebben bestaan, waarbij de keuze tussen het ene en het andere onderzoek was overgelaten aan de opsporingsambtenaar. Deze overgangsregeling gold ten tijde van het begaan van de onderhavige feiten. In zulk een geval behoort het niet van de beslissing van de opsporingsambtenaar af te hangen of de verdachte in feite wel of geen recht op een tegenonderzoek heeft.

5.2.2 Inmiddels is die overgangsregeling uitgewerkt. Thans is het zo dat bij een verdenking van handelen in strijd met art. 26 WVV primair een ademonderzoek wordt verricht en subsidiair een bloedonderzoek (en meer subsidiair een urineonderzoek). Vanuit een oogpunt van rechtsgelijkheid is het echter niet zonder meer begrijpelijk dat de wetgever het primaire onderzoek met minder waarborgen zou hebben willen omgeven dan het subsidiaire en meer subsidiaire onderzoek.

5.2.3 Ook hier geldt dat voorondersteld moet worden dat de wetgever geen met het gelijkheidsbeginsel op gespannen voet staande wettelijke regeling in het leven heeft willen roepen zolang het tegendeel niet onomstotelijk is komen vast te staan. Van een dergelijke bewuste inbreuk op het gelijkheidsbeginsel is niet gebleken.

5.2.4 Integendeel. Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet van 1 juli 1987 heeft die wet als uitgangspunt dat de ademanalyse en het bloedonderzoek 'in beginsel gelijkwaardig en even betrouwbaar' moeten zijn: 'Een verdachte zal er geen voordeel of nadeel van mogen ondervinden, dat in zijn geval geen ademanalyse maar een bloedproef is toegepast' (MvT p. 3). In dit verband kan ook nog worden gewezen op de navolgende uitlatingen van regeringswege: dat bij de vaststelling van de omrekeningsfactor voorkomen moet worden dat 'de verdachte die zich aan de bloedproef moet onderwerpen zou worden bevoor- of benadeeld ten opzichte van de degene van wie de adem wordt geanalyseerd' (MvT p. 5), 'dat die factor niet zodanig mag zijn, dat de verhouding met de bloedproef daardoor wordt verstoord' (MvT p. 5), dat 'de uitkomsten van ademanalyse en bloedproef ook overigens gelijkwaardig moeten zijn' (MvT p. 6), dat 'nader onderzoek zal moeten uitwijzen in hoeverre op onderdelen toch bijstelling nodig is ten einde te verzekeren dat de uitkomsten van bloedproef en ademanalyse ook in de praktijk gelijkwaardig zijn' (MvT p. 8). In de MvA wordt voorts nog opgemerkt dat 'strikte gelijkwaardigheid tussen bloedproef en ademanalyse onbereikbaar is' maar dat er niettemin naar moet worden gestreefd 'dat de uitkomsten zo veel mogelijk overeenstemmen' (p. 12), dat voor een omrekeningsfactor van 2300 is gekozen omdat deze 'de beste overeenstemming bleek te geven tussen de resultaten van vrijwel gelijktijdig uitgevoerde bloed- en ademonderzoeken' (p. 17), dat in het ontworpen stelsel van regels 'een evenwichtig stelsel van waarborgen' is geschapen 'waarin zowel de positie van de verdachte als het belang van een slagvaardig optreden tegen rijders onder invloed tot hun recht komen' (p. 19).

5.2.5 Het hof leidt hieruit af dat het de bedoeling van de wetgever is geweest te voorkomen dat een verdachte die zich aan een ademanalyse moet onderwerpen in een voor- of nadeliger positie is dan degene die zich aan een bloedonderzoek moet onderwerpen. Uit niets blijkt dat de wetgever doelbewust de processuele positie van de eerste verdachte heeft willen verslechteren ten opzichte van de andere door hem het recht op een tegenonderzoek te ontzeggen.

6 Uit al het vorenstaande volgt dat het hof van oordeel is dat het begrip 'onderzoek' in art. 26 lid onder a WVV mede omvat het recht van de verdachte op een tegenonderzoek. Dit brengt mee dat par. 2 (Adem-

analyse) van het Besluit alcoholonderzoeken — waarin op geen enkele wijze rekening is gehouden met enige vorm van tegenonderzoek na voltooiing van de ademanalyse — geacht moet worden een ongenoegzame uitwerking te behelzen van hetgeen in het wettelijk begrip 'onderzoek' besloten ligt. In rechte moet het ervoor worden gehouden dat het besluit in zoverre in strijd is met de wet en dat het Mitsdien in zoverre ook niet mag worden toegepast.

7 Dit heeft tot gevolg dat niet bewezen kan worden dat in de beide ten laste geleide gevallen sprake is geweest van een onderzoek in de zin van art. 26 lid 2 onder a VWW, zodat de verdachte moet worden vrijgesproken van de beide hem ten laste geleide feiten.'

Dit arrest had ingrijpende gevolgen. Zolang er geen definitieve beslissing was omtrent de status van de ademanalyse, werd de vervolging van dit type zaken (en dat zijn er helaas bijzonder veel!) in een aantal arrondissementen tijdelijk opgeschort. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de procureur-generaal beroep in cassatie instelde, en dat de Hoge Raad daarop (naar hedendaagse maatstaven) zeer snel besliste. Op 6 maart 1990 wees de Hoge Raad arrest, met daarin de navolgende fragmenten:

'6.1 Nu het beroep is gericht tegen een vrijspraak, moet de HR, gezien het bepaalde in art. 430 eerste lid Sv, allereerst beoordelen of de P-G in dat beroep kan worden ontvangen.

Daartoe dient te worden onderzocht of de gegeven vrijspraak een andere is dan bedoeld in de even genoemde wetsbepaling. Dit brengt mee dat voor het onderhavige geval vooreerst moet worden beantwoord de vraag of het hof is uitgegaan van een juiste opvatting nopens de betekenis van de in de telastelegging voorkomende woorden "een onderzoek", welke woorden aldaar kennelijk zijn gebruikt in de betekenis welke zij hebben in het bepaalde bij art. 26 tweede lid aanhef en onder a VWW. In het bijzonder is daarbij van belang of, gelijk het hof heeft overwogen en beslist, die woorden mede omvatten een recht van de verdachte op een tegenonderzoek.

6.2 Ingevolge het elfde lid in verbinding met het eerste lid van art. 33a VWW heeft bedoeld onderzoek regeling gevonden in het Besluit van 24 sept. 1987, *Stb.* 432 (Besluit alcoholonderzoeken) en de Ministeriële beschikking van 25 september 1987, *Stert.* 187, gewijzigd bij beschikking van 25 april 1989, *Stert.* 83 (Regeling ademanalyse).

Deze voorschriften, voor zover betrekking hebbende op het onderzoek van uitgedemde lucht, voorzien niet in een recht van verdachte op een tegenonderzoek.

Aangezien onder onderzoek als bedoeld in art. 26 tweede lid aanhef en onder a VWW moet worden

verstaan het onderzoek van uitgedemde lucht als geregeld in vorengenoemd besluit en nader uitgewerkt in vorengenoemde ministeriële beschikking moet worden aangenomen dat in bedoeld onderzoek niet besloten ligt een recht van de verdachte op een tegenonderzoek.

6.3 Zulks zou slechts anders zijn indien doorslaggevende redenen aanwezig zouden zijn om aan te nemen dat dit besluit en die beschikking, door geen regelen te stellen nopens een aan de verdachte toekomend recht op een tegenonderzoek, geen volledige uitwerking zouden hebben gegeven aan het begrip 'onderzoek' als bedoeld in art. 26 tweede lid aanhef en sub a VWW.

Zodanige redenen heeft het hof willen afleiden uit de wetsgeschiedenis bezien in het licht van in internationale verdragen verankerde rechtsbeginselen.

6.4.1 De MvT op het ontwerp van wet dat heeft geleid tot de Wet van 1 juli 1987, *Stb.* 315, bij welke wet het huidige art. 26 tweede lid aanhef en sub a VWW is vastgesteld, behelst onder meer:

(p. 6)

'4 De toepassing van ademanalyse in de praktijk

Als de ademanalyse grotendeels in de plaats treedt van de bloedproef, zal zij aan stringente eisen van nauwkeurigheid en betrouwbaarheid moeten voldoen en zullen de uitkomsten van ademanalyse en bloedproef ook overigens gelijkwaardig moeten zijn. Dit kan worden vertaald in technische eisen aan de uiteindelijk te kiezen ademalcoholpreparaten, nauwkeurige voorschriften voor bediening, ijking en onderhoud van deze apparaten, en meer in het algemeen in een zorgvuldig uitgewerkte procedure voor de toepassing van de ademanalyse in de praktijk.'

...

(p. 7)

'Voor de verdachte zal de ademanalyse bestaan uit het tweemaal blazen van een bepaalde hoeveelheid lucht in een daarvoor bestemd apparaat, waarbij de laagste gemeten waarde voor het bewijs zal worden gebruikt. Ten einde te voorkomen dat nog aanwezige resten mondalcohol het resultaat van de ademanalyse beïnvloeden, dient er voor gezorgd te worden dat tussen het eerste contact met de bestuurder en het begin van de ademproef een periode van ten minste 20 minuten is verstreken. Uit onderzoek is gebleken dat na 20 minuten elke rest van mondalcohol is verdwenen. Het gevaar dat oprispingen e.d. de uitkomst daarna nog beïnvloeden, wordt door de afname van twee ademmonsters vrijwel uitgesloten, zeker indien bepaald zou worden dat het onderlinge verschil tussen beide metingen een nader vast te stellen percentage niet te boven zou mogen gaan.

Zowel voor als na het afnemen van de beide ademmonsters dient een controle op de juiste werking van het apparaat plaats te vinden. De moderne apparaten beschikken daartoe over een speciaal ij-

kingsmechanisme, dat telkens vóór en na het blazen in werking treedt. Hierbij wordt gebruik gemaakt van een standaard adem-simulator die lucht produceert van de gekozen AAG-limiet. Als deze ijkingen niet binnen bepaalde grenzen uitvallen, zal de ademanalyse niet voor het bewijs kunnen dienen. De uitkomsten van beide zullen daarom gezamenlijk worden afgedrukt. Het is duidelijk dat daarnaast nog de nodige voorzieningen moeten worden getroffen voor de ijking of typegoedkeuring van de apparatuur, een zorgvuldige bediening van de apparatuur door daarvoor speciaal opgeleid personeel, regelmatig onderhoud van die apparatuur en controle op een juiste afstelling daarvan, met inbegrip van het zojuist bedoelde ijkingmechanisme. Daarnaast zullen tijdens de uitvoering van de ademanalyse storende invloeden van buiten dienen te worden voorkomen.

In verband met het voorgaande menen wij dat er geen aanleiding is te voorzien in de mogelijkheid van contra-expertise met betrekking tot de uitslag van de ademanalyse.'

6.4.2 De in de laatste zin van de vorenweergegeven passage van de MvT tot uitdrukking gebrachte mening is noch bij de verdere schriftelijke voorbereiding van de vorengenoemde wet noch bij de mondelinge beraadslagingen in het parlement ter discussie gesteld of weersproken.

6.4.3 Uit het voorgaande volgt dat de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunt biedt voor het oordeel dat in het begrip 'onderzoek' in de zin van art. 26 tweede lid aanhef en onder a WVV besloten ligt een recht van de verdachte op een tegenonderzoek, doch juist integendeel erop wijst dat dit niet het geval is. Daar aan doet niet af hetgeen het hof in dit verband heeft overwogen omtrent het beginsel van 'equality of arms' en het gelijkheidsbeginsel.

6.5 Daarbij verdient opmerking dat thans slechts aan de orde is wat onder 'onderzoek' in de zin van meergenoemde bepaling moet worden verstaan. De vraag wat gelet op de hierboven onder 6.4.3 genoemde rechtsbeginselen, rehtens is indien de verdachte — anders dan in het onderhavige geval — aanstonds nadat de opsporingsambtenaar hem in art. 10 Besluit alcoholonderzoeken bedoelde mededeling heeft gedaan, om een tegenonderzoek — eventueel in de vorm van een bloedonderzoek — verzoekt, moet worden bezien in verband met de feitelijke omstandigheden van het geval en staat in dit geding niet ter beantwoording.

6.6 Het hiervoor onder 6.2 t/m 6.4 overwogene leidt tot de conclusie dat onder 'onderzoek' in de zin van art. 26 tweede lid aanhef en onder a WVV een recht van de verdachte op een tegenonderzoek niet is begrepen. Het hof, uitgaande van een andere opvatting heeft mitsdien de grondslag van de telastelegging verlaten en de verdachte vrijgesproken van iets anders

dan hem was ten laste gelegd. De gegeven vrijspraak is derhalve niet een vrijspraak als bedoeld in art. 430 eerste lid Sv, zodat de P-G in het cassatieberoep kan worden ontvangen.'

## Noot

1 Dit arrest is van groot belang voor de praktijk van het verkeersrecht. De wettelijke regeling van de ademanalyse is voorshands gesauveerd, zodat de opsporing en vervolging van rijden onder invloed weer overal ter hand kan worden genomen. De betekenis van de onderhavige beslissing reikt evenwel mogelijk nog verder: de door de Hoge Raad gebezigde overwegingen leiden rechtstreeks tot de vraag naar het bestaansrecht van het vigerende gematigd-accusatoirc strafgeding. Daarom vormt dit arrest wellicht een mijlpaal in de ontwikkeling van het strafprocesrecht.

2 Rijden onder invloed is vanouds een maatschappelijk probleem van de eerste orde (vgl. W. Buikhuisen en anderen, *Alcohol en verkeer*, Meppel 1968; en D.W. Steenhuis, *Rijden onder invloed*, diss. Groningen 1972). Jaarlijks komen er als gevolg hiervan honderden mensen om het leven, en worden duizenden anderen verminkt. De kosten hiervan zijn onafzienbaar, om nog maar te zwijgen over het menselijk leed dat hierdoor wordt berokkend. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat de samenleving drastische middelen heeft ingezet om het alcoholgebruik in het verkeer uit te bannen. Per 1 november 1974 werd artikel 26 WVV gewijzigd en werd de bloedproef verplicht gesteld (wet van 23 mei 1973, *Stb.* 282; zie onder andere A.G. Bosch, *Art. 26 Wegenverkeerswet. Een wetswijziging in vogelvluht*, Verkeersrecht 1974, pp. 165-173; J. Rummelink, *Hoofdwegen door het verkeersrecht*, 2e druk Zwolle 1983, pp. 42 e.v.; C.J.G. Bleichrodt, *Wegwijs in het verkeersrecht*, Zwolle 1987, pp. 80 e.v.; J.W. Verburgt, *Bloedproef, nieuwe stijl*, DD 1977, pp. 376-388). Weigering om deze te ondergaan werd als misdrijf strafbaar gesteld. Het opleggen aan een verdachte van de verplichting tot meewerken aan een onderzoek waarin belastend bewijsmateriaal kan worden vergaard, is in het strafprocesrecht een ingrijpende stap (zie B.E.P. Myjer, *Van duimschroef tot bloedproef*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Zwolle 1978; en Th.W. van Veen, *Het nieuwe*

artikel 26 *Wegenverkeerswet*, NJB 1974, pp. 289-296). Deze afwijking van het zogenaamde *Nemo tenetur-beginsel* (voluit: *Nemo cogitur prodere se ipsum c.q. Nemo tenetur edere contra se* — niemand mag worden gedwongen bewijs tegen zichzelf te leveren) is des te opmerkelijker, nu de bloedproef bovendien een — naar juridische maatstaven gemeten — ernstige inbreuk maakt op de lichamelijke integriteit van de betrokkene. Het is dan ook geen wonder dat de toenmalige wetgever de regeling van de bloedproef met stricte juridische waarborgen heeft omgeven. In het zogenaamde Bloedproefbesluit en de zogenaamde Bloedproefbeschikking werden gedetailleerde regels gegeven omtrent de wijze waarop het bloed moest worden afgenomen, en over het vervoer van het monster, de wijze waarop de uitslag aan de verdachte moest worden meegegeeld, etcetera. Bovendien was voorzien in de mogelijkheid van een contra-expertise indien de verdachte daar prijs op stelde. Indien deze regels niet stipt werden nageleefd, nam de rechter aan dat er geen sprake was geweest van een 'onderzoek' zoals bedoeld in artikel 26 lid 2 *WVW*, hetgeen doorgaans leidde tot vrijspraak (zie onder andere HR 21 februari 1978, *NJ* 1978, 663; HR 16 februari 1982, *NJ* 1982, 385, *AA* 1983, pp. 491 e.v. met noot A.H.J. Swart; en HR 5 oktober 1982, *NJ* 1982, 272; alsmede H.M. Peters, *Het stelsel van stricte waarborgen rond artikel 26 en 33a WVW*, *Verkeersrecht* 1984, pp. 97-100). Vermeldenswaard is nog dat er zeer weinig gebruik werd gemaakt van de bevoegdheid om een tegenonderzoek te laten verrichten: het gaat daarbij om minder dan een half procent van de gevallen waarin een bloedproef is afgenomen (zie onder andere *Hand. TK*, 19285, nr. 9, p. 16. Voorbeelden: in 1980 werden 35913 bloedmonsters onderzocht, met 125 contra-expertises; in 1985 waren deze cijfers respectievelijk 37411 en 163; zie ook W. Neuteboom, *Bloedproef, contra-expertise en het schijvenstelsel*, *DD* 1986, pp. 467-473, die laat zien dat er bij een tegenonderzoek slechts weinig significante verschillen worden gevonden met het eerste testresultaat. De contra-expertise kost de verdachte overigens zo'n f 200,-).

3 De 1 november-wet van 1974 heeft niet het daarmee beoogde effect gehad. Rijden onder invloed is nauwelijks teruggedrongen (vgl. W.H. Vellinga, *Voetangels en klemmen bij de ademproof*, *Verkeersrecht* 1987, pp. 310-316).

Bovendien rezen er budgettaire problemen door het grote aantal nogal dure bloedonderzoeken die in het Gerechtelijk Laboratorium moesten plaatsvinden. De daaruit voortvloeiende bezorgdheid heeft geleid tot nieuwe initiatieven van de wetgever. Zo kwam de wet van 1 juli 1987 (*Stb.* 315, in werking getreden op 1 oktober 1987) tot stand, waarbij de zogeheten ademanalyse werd ingevoerd. Voor een goed begrip van de onderhavige zaak is het nodig om eerst uit te leggen hoe de wettelijke regeling thans is opgebouwd (zie hieromtrent ook A.M. Durieux, *De alcoholwetgeving 1987*, Lochem 1989; R.J. Polak, *Wegenverkeersrecht*, deel III, tweede druk Zwolle 1989, pp. 53 e.v.; en C.J.G. Bleichrodt, *De ademanalyse. Hoofdlijnen van de nieuwe wettelijke regeling*, *Verkeersrecht* 1987, pp. 253-256). Wanneer een bestuurder wordt verdacht van rijden onder invloed (of wanneer hij 'aanstalten maakt een voertuig te gaan besturen') is hij ingevolge artikel 33 lid 4 *WVW* op vordering van een opsporingsambtenaar verplicht om mee te werken aan een 'voorlopig onderzoek van uitgeademde lucht'. Deze zogenaamde blaastest vindt plaats op straat, dat wil zeggen in het spreekwoordelijke politiebureau. De wijze waarop ze moet worden afgenomen is geregeld in het Besluit alcoholonderzoeken (*AMvB* van 24 september 1987, *Stb.* 432) en uitgewerkt in de Regeling voorlopig ademonderzoek (Ministeriële beschikking van 25 september 1987, *Stcrt.* 187). Wanneer de uitslag van de blaastest daartoe aanleiding geeft, wordt de verdachte overgebracht naar het politiebureau teneinde daar het eigenlijke ademonderzoek te ondergaan. Dit is het onderzoek dat wordt bedoeld in de delictomschrijving van artikel 26 lid 2, aanhef en sub *a* *WVW*, luidende:

'Het is de bestuurder van een voertuig verboden dit te besturen of te doen besturen na zodanig gebruik van alcoholhoudende drank, dat : a. het alcoholgehalte van zijn adem bij een onderzoek hoger blijkt te zijn dan tweehonderdtwintig microgram alcohol per liter uitgeademde lucht...'

In artikel 33a *WVW* wordt de bevoegdheid van de opsporingsambtenaar neergelegd om de verdachte te bevelen zijn medewerking te verlenen aan de ademanalyse. Deze procedure wordt verder genormeerd in het al genoemde Besluit alcoholonderzoeken, en in de zogenaamde Regeling ademanalyse (ministeriële beschikking van 25 september 1987, *Stcrt.* 187, laatstelijk

gewijzigd bij beschikking van 25 april 1989, *Stcr.* 83). Het niet meewerken aan de blaastest levert een *overtreding* op, het weigeren van het nadere ademonderzoek is als *misdrif* strafbaar gesteld (artt. 35 en 38 WVV). Tenslotte moet nog worden vermeld dat tussen 1987 en 1989 de bloedproef naast de ademanalyse als gelijkwaardig alternatief is blijven voortbestaan; pas sedert 1 oktober 1989 vindt bij verdenking van overtreding van artikel 26 WVV in beginsel een ademonderzoek plaats en wordt het bloedmonster alleen nog in bijzondere gevallen afgenomen.

4 Wat zijn nu de meest in het oog springende verschillen tussen het oude bloedonderzoek en het nieuwe ademonderzoek? Kort samengevat zijn de belangrijkste voordelen van de bloedproef dat er vergelijkenderwijs de meest *nauwkeurige* en *betrouwbare* resultaten mee kunnen worden bereikt. De meest zichtbare voordelen van de ademanalyse zijn: dat er een minder vergaande inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte nodig is; dat de procedure minder ingewikkeld en minder tijdrovend is; en dat het niet nodig is om een arts in te schakelen (zie de MvT op wetsontwerp 19285, p. 2; zie ook 18195, no. 4, p. 11; en uit de literatuur W. Froentjes en anderen, *Hoofdstukken uit de criminalistiek*, Arnhem 1985, pp. 159-201; en W. Neuteboom, *Ademanalyse in plaats van de bloedproef*, Verkeersrecht 1986, pp. 309-314).

Hierbij moeten evenwel enkele kanttekeningen worden geplaatst. Hoewel de ademanalyse meer respect mogelijk maakt voor de lichamelijke integriteit van de verdachte, vormt dit onderzoek paradoxalerwijs wel een *grottere* inbreuk op het *nemo tenetur-beginsel* dan de bloedproef. We moeten immers bedenken dat de verdachte een bloedonderzoek slechts hoeft te dulden — hij kan dus passief blijven — terwijl hij bij de ademanalyse zelf een prestatie moet leveren, die vervolgens belastend bewijsmateriaal kan opleveren (In gelijke zin: A.J.A. van Dorst, *De ademanalyse in de praktijk*, Verkeersrecht 1990, p. 170, met verwijzing naar Hof Leeuwarden 17 april 1990, VR 1990, 102). In de jurisprudentie is tot dusverre steeds vergeefs door de verdediging naar voren gebracht dat artikel 33a WVV daarom in strijd zou zijn met artikel 6 ECRM of artikel 14 IVBPR (zie onder andere Hof Arnhem 29 november 1989, rolnr. 21/001165-89; en Hof 's-Hertogenbosch 8 december 1989, rolnr. 20.001672.89, beide

uitspraken gepubliceerd in *NJCM-Bulletin* 1990, pp. 52-59). Bovendien moet worden vastgesteld dat het bevel van artikel 33a lid 1 WVV direct de rechtsplicht doet ontstaan om mee te werken aan het ademonderzoek, terwijl in de oude regeling de opsporingsambtenaar eerst een *verzoek* tot vrijwillige medewerking aan de verdachte moest richten (zie ook R.J. Polak, *a.w.* p. 55).

Ook bij de nauwkeurigheid en betrouwbaarheid van beide vormen van onderzoek is een kanttekening op z'n plaats. Vooropgesteld moet worden dat geen enkele test absoluut geldige uitkomsten kan opleveren. Daarom zijn bij het bloedonderzoek vanouds correctiefactoren ingebouwd, die volgens algemeen gedeelte wetenschappelijke inzichten waarborgen dat er in elk geval niet een te hoog testresultaat wordt gemeten (zie W. Froentjes, *Scheikunde als bewijs*, NJB 1979, pp. 979-986). De ademanalyse heeft nooit aan deze mate van betrouwbaarheid en nauwkeurigheid kunnen tippen. Maar er moet wel worden vastgesteld dat de kwaliteit van deze onderzoeksmethode in de afgelopen 15 jaar onwaarschijnlijk sterk is verbeterd. Zo ongeveer in het stormachtige tempo van de computerrevolutie zijn de technische mogelijkheden voor ademanalyse aangepast. Deze veranderingen hebben er toe geleid dat de wetgever — die nog maar enkele jaren geleden de uitslag van zo'n analyse ongeschikt achtte om als bewijsmiddel in een strafgeding toelaatbaar te zijn — thans de kans op vergissingen zo klein vindt, dat het AAG (dit is: het ademalcoholgehalte) het primaire criterium moet zijn voor de vraag of artikel 26 lid 2 WVV is overtreden. De voornaamste redenen voor dit standpunt zijn vermeld in de MvT bij de wet van 1987, die is aangehaald in rechtsoverweging 6.4.1 van het arrest van de hoge raad (zie ook W. Neuteboom, *Ademanalyse als techniek in relatie tot de rechtszekerheid*, Verkeersrecht 1988, p. 395 e.v.). Ik resumeer:

- er is een wachttijd van 20 minuten, zodat mondalcohol de meting niet kan beïnvloeden;
- er worden twee geldige metingen verricht, waarvan het laagste resultaat beslissend is;
- het verschil tussen de twee geldige metingen mag niet groter zijn dan 10% van het kleinste meetresultaat, teneinde de mogelijke invloeden van zogenaamde oprispingen uit te sluiten;

- bij de ademanalyse is een hogere correctiefactor gekozen dan bij de bloedproef, om eventuele meetfouten ten nadele van de verdachte te compenseren (zie over deze technische nogal ingewikkelde materie vooral de MvA bij wetsontwerp 19285, pp. 13-15, en het Nader Rapport, p.8);
- zowel vòòr als na de monsterneming wordt de juiste werking van het apparaat gecontroleerd door een speciaal ijkingsmechanisme;
- het apparaat wordt periodiek gecontroleerd op afwijkingen;
- het apparaat wordt bediend door speciaal daarvoor opgeleide opsporingsambtenaren.

Volgens de regering zijn deze waarborgen dermate sluitend, dat de uitkomst van de ademanalyse niet alleen als bewijsmiddel toelaatbaar is, maar dat bovendien een contra-expertise overbodig is. Daarmee zijn we terug bij de kern van de onderhavige zaak.

5 Het bestreden arrest van het hof is opvallend. Het hof zou zich gemakkelijk van de zaak hebben kunnen afmaken door het vonnis van de politierechter te bevestigen. Deze heeft immers vrijgesproken op een grond die uitstekend aansluit bij de zojuist weergegeven wetsgeschiedenis. Aangezien uit de stukken van het geding niet was op te maken of de gebruikte ademanalyse-apparaten waren voorzien van een geldige verklaring als bedoeld in artikel 4 Besluit alcoholonderzoeken jo. artikel 3 en 5 Regeling ademanalyse, kon niet worden vastgesteld of er sprake was van een geldig onderzoek in de zin van artikel 26 lid 1 onder a WWV. Nu deze verklaring van goedkeuring door het IJkwezen — gelet op de wetsgeschiedenis — zeker behoort tot het stelsel van waarborgen waaraan strict de hand moet worden gehouden, zou een vrijspraak op grond van dit verzuim simpel en overtuigend zijn geweest.

Als gezegd geeft het hof echter de voorkeur aan een meer leerstellige benadering van het probleem. In de eerste plaats wordt in het arrest de vraag aan de orde gesteld of de regering *bevoegd* was om in het Besluit alcoholonderzoeken de verdachte het recht op een tegenonderzoek te onthouden (rechtsoverweging 4). Nu het hof die vraag ontkennend beantwoordt, wordt het Besluit buiten toepassing gelaten (rechtsoverweging 6). Het Besluit alcoholonderzoeken is een wet in materiële zin (een

AMvB). Eerst moet dan worden nagegaan aan welke maatstaven een rechter zo'n wet mag toetsen.

Vast staat dat de rechter naar geldend recht niet gerechtigd is om 'de innerlijke waarde of de billijkheid van de wet' te beoordelen (art. 11 Wet AB). Anderzijds staat buiten twijfel dat produkten van lagere wetgevers wel mogen worden getoetst aan wetten in formele zin en aan verdragen. In de onderhavige zaak was er geen sprake van een duidelijke strijd van de uitvoeringsregeling met de wet in formele zin; de A-G Meijers wijst er in zijn conclusie terecht op dat daarin het verschil ligt met HR 26 februari 1985, *NJ* 1985, 595 met noot ThWvV. De toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen is — zoals hieronder inhoudelijk zal worden toegelicht — door het Haagse hof uitgevoerd op een wijze waardoor in feite de innerlijke waarde van de wet is beoordeeld. Daardoor is het hof zijn staatsrechtelijke boekje te buiten gegaan (zie ook T.M. Schalken, *Ademanalyse en het recht op tegenonderzoek: de discussie die niet werd gevoerd*, *NJB* 1989, p. 1505, en diens noot onder het onderhavige arrest in *NJ* 1990, 467, sub 3 met nadere literatuurvermelding). Overigens: als al zou mogen worden aangenomen dat § 2 van het Besluit Alcoholonderzoeken niet kan worden toegepast wegens strijd met fundamentele rechtsbeginselen — quod non — dan rijst de vraag of het hof een ontslag van rechtsvervolgning zou hebben moeten geven in plaats van een vrijspraak. A-G Meijers (conclusie, no. 21) vindt dat zulks het geval is. Mij lijkt dat beide mogelijkheden verdedigbaar zijn.

6 Nu dan de kernvraag in het geding. Beschikte de regering over de vrijheid om — na afweging van alle in aanmerking komende belangen — geen recht op tegenonderzoek op te nemen in de meergenoemde AMvB? Het eerste argument van het hof voor een ontkennend antwoord op deze vraag wordt gevormd door het beginsel van de 'equality of arms'. Het hof laat in het midden hoe dit beginsel precies moet worden omschreven. Evenmin waagt het hof zich aan abstracte bespiegelingen over de reikwijdte van het beginsel. In de rechtsoverwegingen 5.1.1 t/m 5.1.6 worden daarentegen de omstandigheden opgesomd die de slotsom moeten schragen dat hier kennelijk sprake is van schending van het vereiste van gelijke strijdmiddelen.

Deze werkwijze is onbevredigend. De eis van 'equality of arms' zal menigeen intuïtief



aanspreken. Natuurlijk: als er geen gelijkwaardigheid van processuele mogelijkheden bestaat, zal niet snel van een eerlijke procedure kunnen worden gesproken. Maar anderzijds zal niemand pleiten voor volstreekte *gelijkheid* van bevoegdheden in het geding. Het is immers evident dat de procesdeelnemers een totaal verschillende rol in de strafzaak innemen. Verschillen moeten er dus zijn. De rechtsvraag luidt steeds hoe groot die verschillen mogen zijn en vanuit welke gezichtspunten die verschillen kunnen worden gelegitimeerd. In die omstandigheden is het concept van 'equality of arms' op zichzelf genomen te weinig scherp om de ragfijne afweging te beheersen van de individuele en collectieve belangen die er op het spel staan (zie ook R.R.M. de Moor (red.), *Artikel 6 EVRM en de dagelijkse rechtspraktijk*, Zwolle 1990, pp. 89 e.v.). De omstandigheid dat dit onderdeel van artikel 6 EVRM geen concrete regel van procesrecht bevat, maar — op zijn best — een algemeen beginsel van formeel strafrecht, brengt met zich mee dat er direct een grote mate van eensgezindheid bestaat over zo'n normatief uitgangspunt, terwijl de praktische betekenis daarvan zich pas langzaam openbaart, wanneer het abstracte beginsel in zijn concrete toepassing blijkt te concurreren met andere beginselen en kan botsen met andere waarden die we ten grondslag hebben gelegd aan onze rechtsorde. In zijn 'dissenting opinion' in de bekende Brogan-case stelde raadsheer Martens niet zonder reden omtrent de tekst van het EVRM: 'Its wording is not seldom better suited to a manifesto than to an international treaty designed to provide, for a considerable time and for a great number of different legal orders, answers to fundamental but often delicate questions of law' (EHRM 29 november 1988, NJ 1989, 815).

Bovendien moet worden opgemerkt dat de bescherming van de meeste garanties van artikel 6 EVRM in beginsel is beperkt tot de fase van het onderzoek ter terechtzitting. Dit uitgangspunt wordt verlaten indien

a het vooronderzoek op een bepaald punt van groot belang is voor de voorbereiding van de verdediging ter terechtzitting; en

b de voorfase direct verband houdt met de terechtzitting (zie de *zaak-Can*, EHRM 30 september 1985, Publ. EHRM, Series A, Vol. 96; en J.A.W. Lensing, *Aspecten van de invloed van*

*artikel 6 EVRM op onderdelen van het strafproces in Nederland*, 's-Gravenhage 1988, p. 24; en J.B.H.M. Simmelink in A.L. Melai, c.s., *Het wetboek van strafvordering*, Arnhem z.j., aant. 20 op artikel 250). Aan deze criteria wordt ten aanzien van de ademanalyse mijns inziens wel voldaan.

In de jurisprudentie van de Europese instanties is het beginsel van 'equality of arms' nader omlijnd. In de bekende civielrechtelijke *Delcourt-case* (ECRM 17 januari 1970, Publ. ECHR, Series A, Vol. 11, 1970, p. 18) werd als uitgangspunt omschreven dat iedere partij 'shall have a reasonable opportunity of presenting his case to the Court under conditions which do not place him under a substantial disadvantage, vis-a-vis his opponent.' Het is de vraag hoe dit criterium kan worden geoperationaliseerd in een publiekrechtelijke context.

Onder verwijzing naar de *zaak-Engel en anderen* (8 juni 1976, NJ 1978, 223), moet dan vooral de aandacht worden gevestigd op de *zaak Bönisch tegen Oostenrijk* (EHRM 6 mei 1986, NJ 1989, 385 met noot P. van Dijk). Annotator P. van Dijk en de A-G Meijers in de onderhavige zaak (conclusie, no. 38) verbinden aan het arrest-Bönisch de volgende twee gevolgtrekkingen:

a De verdachte ontleent aan artikel 6 lid 1 EVRM het recht om, indien hij daartoe de wens te kennen heeft gegeven, in de gelegenheid te worden gesteld tegenbewijs te leveren tegen een technisch rapport dat tegen hem wordt gebruikt en tegen een — voor het bewijs bijgebracht — verslag van een door het OM of de rechter benoemde deskundige en

b indien op verzoek van de verdachte een deskundige in het voorbereidend onderzoek of op de terechtzitting optreedt, dient die deskundige over dezelfde faciliteiten te beschikken als de door de rechter ambtshalve of op vordering van de OvJ benoemde deskundige.

Cruciaal in beide categorieën is de eis van een *verzoek* door de verdachte. Meijers zegt dat bijgevolg in twee typen situaties het verdragsrecht is geschonden (conclusie, no. 40). Ten eerste wanneer zo'n verzoek om een tegenonderzoek niet kan worden ingewilligd omdat de daarvoor benodigde technische voorzieningen ontbreken, terwijl die wel mogelijk zijn, danwel omdat de bij of krachtens de wet gegeven voorzieningen onvoldoende zijn. En daarnaast in de ge-

vallen waarin een tegenonderzoek wettelijk is opengesteld en technisch mogelijk is, maar de ambtenaar die op het verzoek van de verdachte moet beslissen, dit lichtvaardig of onvoldoende gemotiveerd afwijst (zie hieromtrent ook R.C.P. Haentjes, *Deskundigen in strafzaken, contra-expertise, het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en bijzondere wetten*, NJCM-Bulletin 1986, pp. 447-458).

7 Op dit punt treedt het beslissende verschil aan het licht tussen de visie van het Haagse hof en de hoge raad. Het hof oordeelde dat *iedere* verdachte van overtreding van artikel 26 VWW recht heeft op een contra-expertise. De hoge raad wijst zo'n algemeen recht op tegenonderzoek van de hand: noch uit het beginsel van equality of arms, noch uit het gelijkheidsbeginsel kan zo'n algemeen recht worden afgeleid (rechtsoverweging 6.4.3).

8 Daarmee komen we toe aan het tweede argument dat door het hof werd aangevoerd: het gelijkheidsbeginsel. Volgens het hof heeft de formele wetgever de ademanalyse met gelijke waarborgen willen omgeven als de bloedproef, hetgeen door de besluit-wetgever daarom ten onrechte zou zijn nagelaten.

Het beroep van het hof op het gelijkheidsbeginsel is naar mijn mening moedig te noemen. Immers, hoewel dit beginsel algemeen wordt gezien als een vanzelfsprekende basisnorm die de rechtstoepassing in strafzaken dient te beheersen, is het in de praktijk uiterst zeldzaam dat:

a schending van dit beginsel in een concrete procedure wordt vastgesteld, en

b dat daaraan rechtsgevolgen worden verbonden (zie C.P.M. Cleiren, *Beginnelsen van een goede procesorde*, diss. Leiden, Arnhem 1989, p. 116 e.v.).

De hoge raad laat zich niet overtuigen door dit argument van het hof, maar geeft niet expliciet aan waarom niet. De A-G Meijers biedt wel een duidelijke motivering (conclusie, no. 46). Naar zijn oordeel treft het hof een vergelijking *in abstracto* tussen mogelijke processuele posities van verdachten (vooral in rechtsoverweging 5.2.5). De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel zou daarentegen altijd in concreto moeten

plaatshebben. Meijers zegt dat het hof bijgevolg de vraag had moeten opwerpen of de verdachte *die te kennen heeft gegeven prijs te stellen op een tegenonderzoek* er in geval van een ademanalyse zonder redelijke grond slechter aan toe is dan in geval van een bloedonderzoek.

Bij deze redenering moet een aanvullende opmerking worden gemaakt. Inderdaad moet de kwestie niet op het niveau van de abstracte regel, maar op dat van de concrete casus worden beslist. Cleiren wijst er op dat het daarbij gaat om de vraag of er in het voorliggende geval al dan niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel is *afgeweken van de wettelijke bepalingen* (a.w. p. 117). Zij merkt deze implicatie zelfs aan als 'een conditio sine qua non voor het hantieren van het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht'. Het betoog van het hof is dan ook niet te redden op dit punt. Zelfs al zou er een vergelijking zijn gemaakt van de situaties waarin twee verdachten om tegenonderzoek hebben verzocht — de één na bloedonderzoek, de ander na ademanalyse — en er is in beide gevallen gehandeld *conform* het Besluit alcoholonderzoeken c.a., dan biedt het gelijkheidsbeginsel in de visie van Cleiren onvoldoende aanknopingspunten om deze praktijk van de hand te wijzen.

9 Met de beslissing dat het beginsel van equality of arms en het gelijkheidsbeginsel — ieder voor zich en in combinatie — geen grondslag bieden aan een algemeen recht op tegenonderzoek voor de verdachte, is het lot van het bestreden arrest bezegeld. Maar daarmee is de kous niet af.

De hoge raad is van mening dat er in dit geval goede gronden zijn om een *obiter dictum* te geven. In rechtsoverweging 6.5 wordt herinnerd aan de rechtsvraag die in dit geding aan de orde is, op een wijze die een vingerwijzing bevat voor de afhandeling van toekomstige rechtszaken:

'Daarbij verdient opmerking dat thans slechts aan de orde is wat onder "onderzoek" in de zin van meergenoemde bepaling moet worden verstaan. De vraag wat, gelet op de hiervoren onder 6.4.3 genoemde rechtsbeginselen, rechtens is indien de verdachte — anders dan in het onderhavige geval — aanstonds nadat de opsporingsambtenaar hem de in art. 10 Besluit alcoholonderzoeken bedoelde mededeling heeft gedaan, om een tegenonderzoek — eventueel in de vorm van een bloedonderzoek — verzoekt, moet worden bezien in verband met de feitelijke omstandigheden van het geval en staat in dit geding niet ter beantwoording.'

Hierbij moet allereerst worden aangetekend dat de hoge raad wel vaker van de gelegenheid gebruik maakt om aan de praktijk een eigen standpunt duidelijk te maken, hoewel dat casuïstiek-technisch niet nodig was. Zie omtrent dergelijke 'overwegingen ten overvloede', die niet zelden van groot belang zijn, het handige overzicht in de noot van A.C. 't Hart onder HR 20 oktober 1987, NJ 1988, 447.

Ook in de onderhavige zaak lijkt de zojuist geciteerde rechtsoverweging essentieel voor een goed begrip van de betekenis van het arrest van de hoge raad.

10 In zijn annotatie in de *Nederlandse Jurisprudentie* (1990, 467) werpt T.M. Schalken eveneens de vraag op naar de consequenties van de zojuist aangehaalde passages. Thans is noch de officier van justitie gedurende het opsporingsonderzoek, noch de rechter-commissaris tijdens een GVO verplicht om in te gaan op verzoeken van de verdachte om contra-expertise te doen verrichten (zie art. 151 sub 2 en art. 227 Sv). Er is alle reden om te concluderen dat dit formeel nogal vrijblijvende stelsel in het licht van het onderhavige arrest nader en stricter moet worden ingevuld, aldus Schalken, want: 'niet de mate waarin de verdachte is gedwongen aan het onderzoek mee te werken, maar de mate waarin hij de mogelijkheid heeft het bewijs effectief te betwisten dient voor het toekennen van een recht op tegenonderzoek doorslaggevend te zijn.' Vervolgens rijst de vraag welke betekenis in dit verband toekomt aan de verwijzing door de hoge raad naar 'de omstandigheden van het geval'. Zouden deze omstandigheden de *regel* of de *uitzondering* bepalen? Volgens Schalken is het laatste het geval. Het tegenonderzoek zou doorgaans moeten worden toegestaan, tenzij dit op grond van bijzondere omstandigheden van een voorliggende casus onaannemelijk zou zijn. Hij geeft voor deze interpretatie een principiële motivering:

'Toekenning van een recht aan de verdachte kan niet van de feitelijke omstandigheden afhankelijk zijn, doch hangt onverbrekkelijk samen met een hoger idee omtrent de wijze waarop diens positie in het strafproces behoort te zijn ingericht. Op de daaruit af te leiden bevoegdheid kunnen vervolgens door de feitelijke omstandigheden (bijvoorbeeld omdat een tegenonderzoek niet mogelijk is, zoals bij fotografisch vastgestelde overtredingen) uitzonderingen worden toegelaten.'

11 Is inderdaad de consequentie van het onderhavige arrest dat verzoek van de verdachte om een tegenonderzoek in beginsel moet worden gehonoreerd?

De hoge raad stelt thans in een obiter dictum vast dat aan een verzoek om een tegenonderzoek aanstonds nadat de verdachte de in artikel 10 Besluit alcoholonderzoeken bedoelde mededeling heeft ontvangen, niet zondermeer voorbij mag worden gegaan. De dragende grond voor dit standpunt wordt niet simpelweg gezocht in de abstracte maatstaf van de 'equality of arms'. Evenmin beroept het college zich stellerwijs op het criterium van de 'substantial disadvantage' van de verdachte tegenover de vervolgende overheid (Delcourt-case c.a.). Mij dunkt dat er naast deze normatieve uitgangspunten van supra-nationale origine, ook in het wetboek van strafvordering aanknopingspunten liggen waarop een beroep kan worden gedaan ter ondersteuning van het obiter dictum van de hoge raad. In het wetboek ligt immers een beginsel van tegenspraak verankerd. Het strafgeding is een georganiseerde rechtsstrijd, waarin twee partijen tegenover elkaar staan (zie omtrent de onderlinge verhouding tussen de betrokkenen: A.L. Melai, *Het strafgeding: polariteit en tegenspraak*, Inleiding op het losbladige commentaar op het wetboek van strafvordering, Arnhem z.j.). Het wetboek bevat vele bepalingen die beogen de kritische discussie gedurende het geding te bevorderen, teneinde de kwaliteit van het strafrechtelijk onderzoek te verhogen. De A-G Meijers schrijft dat het beginsel van 'equality of arms' als waarborg voor de verdachte van een strafbaar feit inhoudt:

dat de fundamentele ongelijkheid tussen de partijen in een strafproces, die uit de aard van dat proces voortvloeit, niet verhindert dat de verdachte in staat wordt gesteld bij een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie zijn eigen standpunt — zowel wat betreft de feiten als wat betreft het recht — naar voren te brengen en te reageren op ieder tegen hem gericht standpunt of tegen hem gerichte daad van de kant van de overheid (conclusie, no. 32, met verwijzing naar Egb. Meyjer, *Equality of arms in het Nederlandse strafproces*, DD 1976, p. 22; P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Utrecht 1982, pp. 290-292 en 311).

Dit lijkt mij een uitstekende omschrijving. Zie ik het goed, dan is deze gedachte — die in 1950 als beginsel van equality of arms in het Euro-

pees verdrag terecht is gekomen — evenwel al in 1926 als leidraad neergelegd in het Nederlandse wetboek van strafvordering.

Maar: het is een leidraad, geen dogma. In de rechtspraktijk zijn dan ook nadien diverse hiaten aan het licht getreden in het tegensprekelijk karakter van het strafgeding. Zie bijvoorbeeld HR 24 mei 1988, *NJ* 1988, 898 met noot ThWVV, waarin de hoge raad te kennen geeft dat de stelling dat betwiste verslagen van deskundigen slechts dan tot het bewijs mogen worden gebezigd indien de verdachte in de gelegenheid is geweest een tegenonderzoek te verrichten, in zijn algemeenheid geen steun vindt in het recht (zie hieromtrent ook G. Mintjes, H.J.I.M. de Rooy, *Naar een nieuwe bewijsuitsluitingsgrond? Mogelijkheden voor de verdediging*, DD 1989, met name pp. 864-867). Voor een deel berusten deze lacunes op beslissingen van de wetgever, die op sommige punten voorrang heeft toegekend aan het belang van een vlotte voortgang van het geding. Andere aantastingen van het uitgangspunt van contradictoire behandeling zijn het gevolg van uitspraken van de hoge raad (voorbeelden zijn het *de auditu-arrest* en de rechtspraak omtrent anonieme informanten vóór de zaak-Kostovski). Daar tegenover staat evenwel een belangrijke reeks andere gevallen waarin het tegensprekelijk karakter van het geding juist is versterkt door de jurisprudentie van de cassatierechter. Aansprekende voorbeelden van beslissingen die het gehalte van de dialoog in het strafgeding hebben bevorderd zijn: de Meer en Vaart-jurisprudentie (HR 1 februari 1972, *AA* 1973, p. 514, *NJ* 1974, 450; HR 5 februari 1980, *NJ* 1980, 342; en HR 11 mei 1982, *NJ* 1982, 583), het arrest Plastic boodschappentasje (HR 18 april 1978, *NJ* 1978, 365), en het Poppenspel-arrest (HR 28 februari 1989, *NJ* 1989, 748). Het is duidelijk dat de hoge raad in het onderhavige arrest door middel van een schot voor de boeg aansluiting zoekt bij deze laatstbedoelde reeks beslissingen.

Toch is er een wezenlijke consequentie verbonden aan de omstandigheid dat het tegensprekelijk karakter van het strafgeding later in artikel 6 EVRM is bevestigd en gewaarborgd door de eis van 'equality of arms'. De wetgever van 1926 behield immers de vrijheid om — naar eigen goeddunken — op doelmatigheidsgronden uitzonderingen te maken op het zelf gekozen uitgangspunt. Die vrijheid is later door het

verdragsrecht beperkt. De marges zijn aangegeven in de zaak *Bönish tegen Oostenrijk*, de toepassing daarvan blijkt in het obiter dictum in de onderhavige zaak.

12 Waar ligt de grens, indien voortaan ieder verzoek om tegenonderzoek in beginsel moet worden gehonoreerd? Is dan als volgende stap niet onvermijdelijk om ook steeds in te gaan op de vraag van de verdediging om alle belangrijke getuigen en deskundigen ter terechtzitting te doen ondervragen? Het is immers duidelijk dat de betrouwbaarheid van uitlatingen van informanten tijdens het openbare eindonderzoek beter kan worden getoetst dan wanneer de verklaringen in het voorbereidend onderzoek op schrift zijn gesteld (vgl. C.F. Rüter, *Ongehoord — Over getuigen en deskundigen ter terechtzitting*, in: *Ad Personam*, Arnhem 1981, pp. 237-263; en G.P.M.F. Mols, *Staannde de zitting*, Oratie Maastricht, Arnhem 1988). Zou deze rechtspraak niet een meer stringente invulling van het onmiddellijkheidsbeginsel tot gevolg moeten hebben, bijvoorbeeld met nadruk op het beginsel van 'the best evidence'? (zie omtrent deze beginselen J.F. Nijboer, *Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht*, diss. Leiden, Arnhem 1982, aantt. 12-15 op art. 338, met nadere literatuurvermelding). Op deze wijze doorredenerend kan gemakkelijk de vraag rijzen of de bestaande Nederlandse stijl van procederen in strafzaken wel zou kunnen worden gehandhaafd. Het risico lijkt te bestaan dat wij via de Straatsburgse jurisprudentie en op grond van arresten als de onderhavige beslissing van de hoge raad gedwongen worden om een soort Engels of Duits systeem van strafvordering te kopiëren, waarin een exclusief accusatoir model als norm wordt opgelegd.

13 Ik denk dat het voorshands zo'n vaart niet zal lopen. Ten eerste is de jurisprudentie van de Straatsburgse instanties niet gericht op een dergelijke uniformering of harmonisering. De Europese Commissie en het Europese Hof tonen veelvuldig respect voor het bestaan van verschillende rechtsculturen binnen de verdragspartijen.

In de tweede plaats kan worden vastgesteld dat de hoge raad in zijn uitleg van de verdragsbepalingen niet systematisch genereuzer pleegt te zijn voor de verdediging dan de Straatsburgse rechters. Het tegendeel is eerder het geval (zie

hieromtrent — en voor kritiek op deze benadering — P. van Dijk, *De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de Rechten van de Mens*, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel: de veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer, Zwolle 1988, pp. 171-209; en A.H.J. Swart, *Rechten van de mens in de strafrechtspleging*, DD 1989, pp. 554-572). Het ligt daarom in het geheel niet voor de hand dat de hoge raad op een dogmatische wijze abstracte denkbeelden zal extrapoleren naar andere sectoren van het strafprocesrecht, zonder zich te bekommeren om tastbare en concrete nadelen daarvan. Ik geef een voorbeeld. In het Engelse recht heeft in geval van doodslag iedere deelnemende dader het recht om in het kader van zijn verdediging een nieuwe lijkschouwing te doen verrichten. Dit leidt er soms toe dat het lichaam van het slachtoffer vier of vijf keer wordt onderzocht en, zoals we allemaal weten, daarbij wordt gemutileerd. Ik zie de Nederlandse hoge raad nog niet zo snel voor een dergelijke werkwijze kiezen op grond van het algemene uitgangspunt van de contradictoire gedingvoering. Mij dunkt dat de casatierechter het daaraan te ontnemen voordeel zal afwegen tegen het evenzeer respectabele belang van de slachtoffers, i.c. de nabestaanden. Wanneer die, zoals in Engeland vaak gebeurt, vele maanden moeten wachten voordat het lijk kan worden vrijgegeven en vervolgens kan worden begraven — hetgeen het rouwproces zeer ongunstig beïnvloedt en leidt tot secundaire victimisatie — kan dat van invloed zijn op het rechtsoordeel dat de hoge raad in dergelijke gevallen zal geven.

Ik verwacht daarom dat er een gevarieerde jurisprudentie zal worden ontwikkeld, waarin nuances kunnen worden aangebracht al naar gelang de bijzondere onderzoeksvorm die aan de orde is. Technische complicaties en mogelijk zelfs specifieke opsporingsbelangen (vgl. HR 10 december 1985, *NJ* 1986, 462 en daaromtrent J.F. Nijboer, *Uw ster op alle wegen oftewel het geheim van de smit*, DD 1987, pp. 1105-1118) zullen daarbij steeds in de beschouwing, en in de afweging, worden betrokken. Onder deze omstandigheden lijkt mij een algemeen recht op *contra-expertise*, zoals van diverse zijden bepleit, een notie die slecht past in het Nederlandse stelsel van strafprocesrecht. Daarbij komt nog dat die notie op zichzelf al weinig scherp omljnd is. Er bestaat immers een enorme verscheidenheid aan methoden van straf-

rechtelijk onderzoek. De rijke inventaris aan vormen van technisch, chemisch, fysisch, medisch en gedragswetenschappelijk onderzoek die in forensisch verband worden gebezigd, zijn uit hun aard niet gemakkelijk op één noemer te brengen. Tegen die achtergrond hebben de voorstanders van een algemeen recht op tegenonderzoek die gedachte tot dusverre opvallend summier uitgewerkt respectievelijk gemotiveerd (zie J.M. Reijntjes, *Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk*, diss., Groningen, Arnhem 1980, p. 92; C.F. Rüter, *a.w.*; R.C.P. Haentjes, *a.w.*).

14 Terug naar de ademanalyse. Wat zijn nu de concrete gevolgen van dit arrest voor de praktijk van de opsporing en vervolging van overtredingen van artikel 26 WVV? Er zijn uiteenlopende typen consequenties (vgl. ook de conclusie, no's 54 t/m 57, van A-G Meijers):

De Kroon zou § 2 van het Besluit alcoholonderzoek moeten aanpassen, in die zin dat daarin alsnog een recht op tegenonderzoek wordt opgenomen, vergelijkbaar met de regeling van de bloedproef (dus: alleen op uitdrukkelijk verzoek, op kosten van de verdachte, etcetera). Naar verluidt (onder andere *NRC Handelsblad* 28 augustus 1990) wordt op het Ministerie van Justitie thans inderdaad gewerkt aan de voorbereiding van zo'n wetwijziging. Daarbij moet overigens nog wel worden nagegaan of de AMvB kan worden bijgesteld zonder een voorafgaande wijziging van het laatste lid van artikel 33a WVV.

De politie zou, vooruitlopend op zo'n wijziging van de voorschriften, door het openbaar ministerie moeten worden geïnstrueerd om verdachten die daarom verzoeken in de gelegenheid te stellen — op eigen kosten — een tegenonderzoek te doen verrichten. Diverse schrijvers hebben al aanbevolen om deze verdachten een bloed- of urinemonster te laten afnemen door een arts, waarna de bekende analyse daarvan in het gerechtelijk laboratorium zou kunnen plaatshebben (zie onder andere J. Silvis in *AA-Katern* 34, pp. 1457-1458; G. Mintjes, H.J.I.M. de Rooij, *t.a.p.*; en A-G Meijers, conclusie, no. 56; de enige schrijver die dit overbodig vindt is W. Froentjes, *Bloedproef of ademproef*, *NJB* 1981, p. 459). Overigens zou het urine-onderzoek — wegens de gebrekkige betrouwbaarheid daarvan — alleen in aanmerking moeten komen indien er werkelijk geen andere mogelijkheid bestaat (vgl. W. Froentjes,

*Operatie ademanalyse*, NJB 1986, pp. 550-553). Wellicht kan in de praktijk ook in een aantal gevallen een bruikbaar alternatief zijn om de contra-expertise te doen uitvoeren in een ander ademanalyse-apparaat op een politiebureau in de nabije omgeving.

Met name vanuit het gelijkheidsbeginsel gereedeneerd zou op basis van het onderhavige arrest nog kunnen worden bepleit dat de politie de verdachte er op dient te wijzen dat hij een tegenonderzoek kan verzoeken. In de regeling omtrent de bloedproef is immers wel in zo'n mededelingsplicht voorzien (zie art. 15 lid 3 Besluit alcoholonderzoeken: de mededeling moet zelfs in het proces-verbaal worden opgenomen), terwijl geen enkel argument beschikbaar is om de verdachte bij een ademtest sterker afhankelijk te maken van eigen toevallige juridische kennis.

In gevallen waarin een verzoek tot een tegenonderzoek niet is ingewilligd, zal de rechter in de daarop volgende strafzaak doorgaans moeten concluderen dat artikel 6 EVRM is ge-

schonden. Dit kan in theorie verschillende consequenties hebben. Het resultaat van de ademanalyse zou op grond van dit defect als onrechtmatig verkregen kunnen worden aangemerkt, en dan niet als bewijsmiddel in het vonnis kunnen worden gebruikt. Of de rechter zou als gevolg van de misslag kunnen aannemen dat er geen 'onderzoek' in de zin van artikel 26 lid 2 onder a WVV heeft plaatsgehad. In beide zienswijzen zou daaruit een vrijsprekend vonnis voortvloeien. Schalken meent daarentegen dat de verdragsschending moet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM. Welke keuze de feitenrechter ook zal maken, naar alle waarschijnlijkheid zal zo'n niet-veroordelend vonnis aan de hoge raad worden voorgelegd om een beslissing ten gronde uit te lokken over de kwestie die thans in het obiter dictum aan de orde werd gesteld. Mintjes en De Rooij (*a.w.*, p. 88) merken dan ook terecht op dat het onderhavige arrest van de hoge raad ongetwijfeld het eerste is in een lange rij van beslissingen over de ademanalyse.